

"BEGRENSNING AV FORDEL"-KLAUSULER I INTERNASJONALE SKATTEAVTALER

som virkemiddel mot treaty shopping

Kandidatnr: 290

Veileder: Arvid Aage Skaar

Leveringsfrist: 25.11.2004

Til sammen 17629 ord

24.11.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING, DEFINISJON OG AVGRENSNING	1
1.2	TERMINOLOGI	3
1.3	RETTSKILDER	3
1.4	AVHANDLINGENS DISPOSISJON	4
<u>2</u>	<u>TREATY SHOPPING</u>	<u>5</u>
2.1	GENERELT	5
2.2	GJENNOMSTRØMNINGSSKAP	6
2.3	”STEPPING STONE”-TEKNIKK	7
2.4	HVORFOR BØR TREATY SHOPPING UNNGÅS?	8
<u>3</u>	<u>ANDRE TRAKTATVIRKEMIDLER MOT TREATY SHOPPING</u>	<u>9</u>
<u>4</u>	<u>”THE EXCLUSION APPROACH”</u>	<u>11</u>
4.1	GENERELT	11
4.2	”EXCLUSION”-KLAUSULER MED HENVISNING TIL LOVGIVNING	11
4.3	”EXCLUSION”-KLAUSULER MED DEFINISJON	15
4.4	”EXCLUSION”-KLAUSULER SOM VIRKEMIDDEL MOT TREATY SHOPPING	18
<u>5</u>	<u>”THE SUBJECT-TO-TAX APPROACH”</u>	<u>20</u>
5.1	GENERELT	20
5.2	AVT/SØR-AFRIKA ART 29	21
5.3	”LIMITATION OF RELIEF”-KLAUSULER	22
<u>6</u>	<u>”THE LOOK-THROUGH APPROACH”</u>	<u>24</u>
6.1	GENERELT	24
6.2	AVT/BARBADOS OG AVT/NA	24

6.3	"LOOK-THROUGH"-KLAUSULER SOM VIRKEMIDDEL MOT TREATY SHOPPING?	27
<u>7</u>	<u>"THE CHANNEL APPROACH"</u>	<u>29</u>
7.1	GENERELT	29
7.2	OECDKOMM. AK 1-17	29
7.3	OECDKOMM. AK 1-17 SOM VIRKEMIDDEL MOT TREATY SHOPPING	31
<u>8</u>	<u>"UTTØMMENDE" BF-KLAUSULER</u>	<u>33</u>
8.1	GENERELT	33
8.2	"A QUALIFIED PERSON"	33
8.2.1	FYSISKE PERSONER	33
8.2.2	STATLIGE ENHETER	35
8.2.3	BØRSNOTERTE SELSKAPER	35
8.2.4	VELDEDIGE INSTITUSJONER	39
8.2.5	ANDRE ENN FYSISKE PERSONER	40
8.3	UNNTAK VED UTØVELSE AV AKTIV FORRETNINGSVIRKSOMHET	44
8.3.1	GENERELT	44
8.3.2	VILKÅRET OM AKTIV FORRETNINGSVIRKSOMHET	44
8.3.3	"DERIVED IN CONNECTION WITH OR INCIDENTAL TO"	49
8.3.4	FORBEHOLDET I TREDJE LEDD BOKSTAV B)	50
8.4	AKSJEKLASSER MED RETT TIL EN UPROPORSJONAL ANDEL AV INNTEKTEN	52
8.5	"PRINCIPAL PURPOSE"-KLAUSUL	53
<u>9</u>	<u>FORHOLDET MELLOM "BONA FIDE"-KLAUSULER OG BF-KLAUSULER</u>	<u>55</u>
<u>10</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>56</u>
<u>11</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>1</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling, definisjon og avgrensning

Problemstillingen i denne oppgaven er å klargjøre formålet, innholdet og rekkevidden av ”begrensning av fordel”-klausuler (BF-klausuler). Jeg tar utgangspunkt i BF-klausuler i norske skatteavtaler og i noen av forslagene til slike klausuler i OECDkomm¹.

I Norges skatteavtaler er begrepet ”begrensning av fordel” kun benyttet i avt/Barbados art 29, avt/Nederlandske Antiller (avt/NA) art 28 og avt/Sør-Afrika art 29. Avtalene med Gambia, Irland, Singapore og Storbritannia inneholder dessuten klausuler med betegnelsen ”begrensning av skattefritak”. Klausulens overskrift er imidlertid ikke avgjørende for om den oppfattes som en BF-klausul i denne avhandlingen, og det blir derfor nødvendig med en definisjon av begrepet.

Som betegnelsen selv antyder, begrenser en BF-klausul skattyters adgang til skatteavtalens fordeler. Slike begrensninger følger imidlertid også av en rekke andre bestemmelser som tradisjonelt ikke oppfattes som BF-klausuler.² OECDkomm. og internasjonal skatterettslitteratur³ omtaler ”limitation of benefit”-klausuler som virkemidler mot ”treaty shopping”⁴. Treaty shopping går ut på at en person drar nytte av en skatteavtale uten å være hjemhørende i noen av de kontraherende stater (se avsnitt 2). Både i OECDkomm. og i litteraturen beskrives ulike metoder som kan benyttes for å bekjempe slik utnyttelse av skatteavtaler. Disse metodene er ”the

¹ OECDkomm. brukes som forkortelse for kommentarene utgitt av OECD Committee on Fiscal Affairs til OECDs mønsteravtale av 1977. Fullstendig referanse finnes i litteraturlisten. Henvisning til dette verket i teksten er gjort ved å angi artikkel og kommentarnummer. F.eks innebærer OECDkomm. AK 1-13 en henvisning til kommentar 13 til Art 1.

² Se særlig avsnitt 3.

³ Se f.eks Zimmer 2003 s 60-61, Andersen 1997 s 323 og Weeghel 1998 s 212.

⁴ Begrepet ”treaty shopping” blir brukt hyppig i denne avhandlingen, og av hensyn til leservennligheten benytter jeg ikke anførselstegn på dette begrepet i den videre fremstillingen.

exclusion approach”, ”the subject to tax approach”, ”the look-through approach”, ”the channel approach” og ”the comprehensive approach”. Med begrepet ”BF-klausuler” forstår jeg derfor klausuler som ved hjelp av en av disse metodene kan forhindre at en person som ikke er hjemhørende i noen av de kontraherende statene nyter godt av skatteavtalens fordeler. På bakgrunn av denne definisjonen kan også avt/Argentina, avt/Canada, avt/Jamaica, avt/Luxembourg og den Nordiske Skatteavtalen sies å inneholde BF-klausuler.

”The channel approach” og ”the comprehensive approach” er imidlertid ikke representert i noen av Norges skatteavtaler. Gjennomgangen av BF-klausuler som bygger på disse metodene baserer jeg derfor på forslagene i henholdsvis OECDkomm. AK 1-17 og 1-20⁵. Kartleggingen av disse klausulenes formål, innhold og rekkevidde har særlig interesse i lys av den betydningen OECDs mønsteravtale har hatt, og har, for utformingen av de bilaterale skatteavtaler som inngås. For Norges vedkommende er OECDs mønsteravtale lagt til grunn, med større eller mindre avvik, for alle norske skatteavtaler siden den første utgaven av OECDs mønsteravtale ble offentliggjort i 1963.⁶ Det er derfor også sannsynlig at OECDs arbeid med utformingen av BF-klausuler vil få betydning for stater som ønsker å innta slike klausuler i fremtidige skatteavtaler.

Enkelte BF-klausuler er formulert slik at de ikke *bare* får betydning for treaty shopping-tilfeller, men også hindrer andre uønskede virkninger av skatteavtaler, uavhengig av om en tredjestat er involvert. Slike uønskede virkninger kan f. eks være at en inntekt som går fra en kilde i én stat til en mottaker i en annen stat, ikke blir beskattet i noen av statene. Slik dobbelt ikke-beskatning anses i seg selv som et problem som de involverte statene gjerne søker å unngå ved bruk av BF-klausuler. At dobbelt ikke-beskatning oppstår, kan imidlertid også legge forholdene til rette for treaty shopping. BF-klausuler som i første rekke skal forhindre dobbelt ikke-beskatning, vil derfor indirekte få betydning for treaty shopping. Slike klausuler vil bli behandlet i denne avhandlingen, men ettersom definisjonen av BF-klausuler er knyttet opp til treaty shopping, blir fokus på forholdet mellom BF-klausulen og treaty shopping.

⁵ Heretter også omtalt som OECD-klausulene.

⁶ Zimmer 2003 s 76.

1.2 Terminologi

Begrepet *person* omfatter både fysiske og juridiske personer, med mindre noe annet fremgår av sammenhengen. Begrepet *hjemstat* brukes om den staten der en person anses som hjemhørende i henhold til skatteavtalene. Begrepet *utenlandsk person* vil bli brukt om personer som ikke er hjemhørende i vedkommende stat. *Kildestaten* er den staten der en inntektskilde oppstår. Ved f. eks utbetaling av aksjeutbytte til en person hjemhørende i en annen stat, vil det utbetalende selskaps hjemstat være kildestat med hensyn til utbytteinntekten. *Kildeskatt* er den skatt kildestaten beregner på en utenlandsk persons inntekter fra kildestaten. Jeg vil bruke begrepet *hjemstatsbasert beskatning* om den skatt en stat ilegger personer på grunnlag av at disse er hjemhørende i vedkommende stat. Begrepet *den egentlig skattyter* brukes her om den personen som i en treaty shopping-situasjon er hjemhørende i en tredjestat og forsøker å ”shoppe” skatteavtalen mellom to andre stater.

1.3 Rettskilder

Skatteavtaler er traktater og ved tolkningen av traktater er det folkerettens tolkningsprinsipper som skal legges til grunn. Likevel er norske myndigheters forståelse av skatteavtalen ved inngåelsen en relevant tolkningsfaktor. De stortingsproposisjonene som utarbeides i forbindelse med vedtagelsen av skatteavtaler er imidlertid tradisjonelt knappe og derfor sjelden egnet til å gi noen veiledning om tolkningen av skatteavtalen. Det finnes heller ikke noe rettspraksis knyttet til BF-klausulene i de norske skatteavtalene.

Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969 art 31 har nærmere regler om tolkningen av traktater. Denne konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men det er alminnelig enighet om at de fleste bestemmelsene i konvensjonen, og i alle fall art 31, gir uttrykk for internasjonal sedvanerett og derfor er bindende også for Norge. Etter første ledd skal et begreps ”ordinary meaning” legges til grunn, men det sies også at tolkningen skal skje i ”good faith” og i lys av traktatens ”object and purpos”. I lys av et ellers spinkelt rettskildebilde får klausulenes ordlyd og de bakenforliggende hensyn betydelig vekt ved tolkningen av BF-klausulene.

I denne avhandlingen blir også forslagene til BF-klausuler som er inntatt i OECDkomm. AK 1-17 og 1-20 behandlet. OECDs mønsteravtale av 1977 inneholder ingen ”limitation of benefit”-klausul. Denne mønsteravtalen er ikke en konvensjon medlemsstatene har forpliktet seg til å følge, men en modell som kan legges til grunn når stater forhandler om skatteavtaler. De OECD-klausulene som behandles i denne avhandlingen er altså ikke inntatt i mønsteravtalen, men i OECDkomm. Dette er kommentarer til mønsteravtalen utgitt av OECD Committee on Fiscal Affairs.

I den internasjonale skatterettsteorien er det uenighet om hvilken type rettskildefaktor OECDkomm. skal anses som. Ettersom OECDs mønsteravtale er lagt til grunn for de fleste skatteavtalene som inngås mellom i-land i dag, er det imidlertid en utbredt tradisjon, både i Norge og internasjonalt, for å legge vekt på disse kommentarene ved tolkningen av skatteavtaler. I de tilfeller der OECDkomm. selv har utdypende kommentarer til de foreslåtte klausulene eller til begreper som klausulene bruker, har jeg lagt betydelig vekt på disse.

1.4 Avhandlingens disposisjon

Neste avsnitt omhandler treaty shopping. I avsnitt 3 skal jeg kort redegjøre for noen andre traktatvirkemidler mot treaty shopping. I avsnitt 4 til 8 skal jeg behandle ulike metoder for å unngå treaty shopping og BF-klausuler som bygger på disse metodene. De metodene som gjennomgås i OECDkomm. AK 1-13 til og med 1-19 og i rapporten om *Conduit Companies* er ”the exclusion approach”, ”the subject to tax approach”, ”the look-through approach” og ”the channel approach”. I tillegg er det nå inntatt et klausulforslag i AK 1-20 som bygger på det som fra amerikansk rett er kjent som ”the comprehensive approach”. Jeg har valgt å systematisere de BF-klausulene som behandles i denne avhandlingen i henhold til hvilken metode som er brukt. Denne inndelingen går også på tvers av den enkelte klausul, slik at f. eks ulike deler avt/NA art 28 behandles i forskjellige avsnitt.

Jeg vil også se på såkalte ”bona fide”-klausuler (avsnitt 9). I avsnitt 10 forsøker jeg å samle noen tråder og oppsummere de sentrale poengene.

2 Treaty shopping

2.1 Generelt

Det fremgår på side R(6)-11 punkt 16 i rapporten "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", avgitt av the Committee on Fiscal Affairs⁷, at treaty shopping er et økende problem, og dette er bakgrunnen for at det både i rapporten og i OECDkomm. AK 1-13 flg. er foreslått en rekke BF-klausuler. Hensynet til å unngå treaty shopping har også motivert Norge til å innta lignende klausuler i sine skatteavtaler.

Treaty shopping innebærer at en skattyter som er hjemhørende i en stat og har inntekter fra en annen stat innretter seg slik at han drar nytte av en eller flere skatteavtaler som uten denne innretningen ikke ville vært tilgjengelig for ham. Dette kan gjøres ved å etablere et selskap i en tredjestat som har skatteavtaler som er fordelaktige for skattyter.

Treaty shopping kan f. eks være fordelaktig for skattyter hvis det ikke foreligger noen skatteavtale mellom kildestaten og hjemstaten, fordi inntekten gjerne blir gjenstand for dobbeltbeskatning hvis statene ikke har slik avtale. Selv om det foreligger skatteavtale mellom hjemstaten og kildestaten kan imidlertid skattyter ha nytte av treaty shopping, hvis den avtalen som "shoppes" har mer omfattende fordeler for skattyter enn den direkte anvendelige skatteavtalen.

De skatteavtalefordeler en skattyter i en tredjestat vil ønske å benytte seg av kan f.eks være regler om lavere kildeskatt eller regler der det skal mer til for at vilkårene for beskatning er oppfylt. Andersen 1997⁸ nevner begrepet "fast driftssted" som eksempel på et vilkår for beskatning som kan være motiv for treaty shopping, ettersom dette

⁷ Heretter benevnt som rapporten om *Conduit Companies*. Denne er inntatt i løysblad versjonen av OECDkomm. Volume II R(6)-1.

⁸ Andersen 1997 s 323 høyre spalte.

begrepet kan være ulikt definert i forskjellige skatteavtaler. Mens noen skatteavtaler har en 6-måneders kvalifikasjonsregel for at vilkåret om ”fast driftssted” skal være oppfylt, har andre en 12-måneders regel.

Treaty shopping foregår gjerne ved bruk av gjennomstrømmingsselskaper eller ved den såkalte ”stepping stone”-metoden.

2.2 Gjennomstrømmingsselskap

En skattyter som er bosatt i stat A og mottar inntekter i form av renter, royalty eller utbytte fra et selskap i stat B, kan ved å etablere et gjennomstrømmingsselskap i stat C, redusere den totale skatten på inntekten om visse forutsetninger er oppfylt. Den første forutsetningen er at skatteavtalen mellom stat B og stat C reduserer Bs rett til å beregne kildeskatt i forhold til den kildeskatten som kan beregnes på inntekter som går til stat A. Den andre forutsetningen er at inntekten ikke utsettes for en så høy hjemstatsbasert beskatning i stat C at fordelene ved den lavere kildeskatten oppveies.

Gjennomstrømmingsselskapet må altså plasseres i en stat som enten har lave skattesatser eller spesielt fordelaktige skatteregler f. eks. skattefrihet for visse typer selskaper. Den tredje forutsetningen er at stat C ikke beregner så høy kildeskatt på inntekten når denne overføres til skattyter i A at fordelene med den reduserte kildeskatten i stat B oppveies.

Sett at en person hjemhørende i stat A har utbytteinntekter fra et selskap i Norge. Hvis det ikke foreligger noen skatteavtale mellom stat A og Norge vil det i Norge beregnes 25 % kildeskatt på utbyttet som betales til stat A, jf sktl⁹ § 2-2, jf § 10-13 jf. skatte- og avgiftsvedtak 2004 § 3-5 siste ledd. Skattyter etablerer så et gjennomstrømmingsselskap i stat C som har en skatteavtale med Norge som reduserer Norges kildeskatt til 5 %. Stat C er et såkalt lavskatteland og beregner bare 3 % skatt på denne inntekten. Stat C har dessuten ikke internrettslig hjemmel for kildebeskatning av inntekten når denne overføres til skattyter i stat A. Den skatten som betales på inntekten før den når frem til skattyter i hjemstaten er derfor redusert fra 25 til 8 %.

⁹ Lov 26. mars 1999 nr 14.

Det er imidlertid ikke nødvendig at gjennomstrømningslandet er et lavskatteland. Forutsetningen om liten eller ingen hjemstatsbasert beskatning i gjennomstrømningsstaten vil f. eks også kunne oppfylles for utbytteinntekt hvis gjennomstrømningsstaten har regler om skattefritak for selskapers aksjeutbytte fra datterselskaper.

2.3 "Stepping stone"-teknikk

"Stepping stone"-teknikken benyttes når skattyter ikke oppnår de ønskede resultater ved bruk av teknikkene beskrevet i forrige avsnitt. Dette kan f. eks være tilfellet hvis den skatteavtalen skattyter forsøker å shoppe inneholder en BF-klausul. Skattyter kan benytte visse "stepping stone"-teknikker for å omgå disse klausulene, f. eks ved at skattyter i stedet for å etablere et selskap som han selv eier i gjennomstrømningsstaten, inngår en avtale med et allerede eksisterende selskap om at det skal fungere som en "stepping stone" for å kanalisere inntektene gjennom gjennomstrømningsstaten. En beskrivelse av hvordan "stepping stone"-teknikken kan benyttes til å omgå BF-klausuler egner seg best i forbindelse med behandlingen av de enkelte BF-klausulene, se f. eks avsnitt 6.3.

Hvis en eller flere av forutsetningene for treaty shopping som er nevnt i avsnitt 2.2 ikke er oppfylt, kan det bli aktuelt med en annen variant av "stepping stone"-teknikken. Hvis stat B (kildestaten) f. eks. ikke har en fordelaktig skatteavtale med et lavskatteland, kan det bli aktuelt å plassere gjennomstrømningsselskapet i et høyskatteland (stat X) som har en slik fordelaktig skatteavtale med stat B. Da vil imidlertid inntekten fra stat B i utgangspunktet være gjenstand for relativ høy beskatning i stat X. For å unngå at fordelene ved redusert kildebeskatning i stat B således reduseres av høy hjemstatsbasert beskatning i stat X, etablerer derfor skattyter enda et selskap i et lavskatteland (stat D). Dette selskapet yter f. eks tjenester til selskapet i stat X mot betaling. Disse utgiftene for selskapet i stat X er fradragsberettiget i X, og på denne måten reduseres den skatten som må betales i X. Ettersom stat D er et lavskatteland ilegges ingen eller en ubetydelig hjemstatsbasert beskatning i stat D. Stat D har dessuten ikke internrettslig hjemmel for å beregne kildeskatt på inntektene når de overføres til skattyter i A.

2.4 Hvorfor bør treaty shopping unngås?

Forhandlingen mellom to stater om inngåelsen av en skatteavtale består stort sett av å fordele beskatningsretten seg i mellom. Hver av kontraktsstatene aksepterer innskrenkninger i sin beskatningsrett mot at den andre staten innskrenker sin. Treaty shopping medfører at disse innskrenkningene får anvendelse overfor personer hjemhørende i tredjestater, uten at kontraktsstatene frivillig har innskrenket sine rettigheter i forhold til denne staten.

I visse tilfeller kan treaty shopping dessuten føre til at inntekten blir helt skattefri. Sett f. eks at skatteavtalen mellom kildestaten (B) og gjennomstrømningsstaten (C) bestemmer at stat B skal unnta inntekten fullstendig fra beskatning, mens stat C i henhold til intern rett ikke beskatter selskapers utenlandsinntekt. Skatteavtalen mellom C og den egentlige skattyteres hjemstat (A) bestemmer at stat C har eksklusiv beskatningsrett, men denne staten har ikke internrettslig hjemmel for å beregne kildeskatt på vedkommende inntekt. I et slikt tilfelle har skattyter oppnådd at inntekten blir helt skattefri. Statene er selvsagt interessert i å hindre at skatteavtaler som i utgangspunktet inngås for å hindre dobbeltbeskatning blir misbrukt på denne måten.

OECD-rapporten om *Conduit Companies*¹⁰ peker dessuten på at tredjestaters motivasjon for å inngå skatteavtale med kildestaten vil hemmes hvis dens innbyggere uansett kan oppnå tilsvarende fordeler ved å utnytte en skatteavtale mellom kildestaten og en annen stat.

¹⁰ S R(6)-6.

3 Andre traktatvirkemidler mot treaty shopping

Treaty shopping kan motvirkes også ved andre traktatvirkemidler. For det første vil bruken av kreditprinsippet som metode for å unngå dobbeltbeskatning kunne motvirke treaty shopping. Denne metoden går kort sagt ut på at dobbeltbeskatning unngås ved at skattyter får fradrag i den skatten som betales i hjemstaten for den skatten som betales på inntekten i utlandet. Hvis hjemstaten til den egentlige skattyter praktiserer kreditprinsippet vil den skatten som skattyter har spart ved å kanalisere inntekten igjennom en tredjestat, kunne oppveies av høyere beskatning i hjemstaten.

For det andre har OECDs mønsteravtale innført begrepet "beneficial owner" i art 10, 11 og 12, slik at det er et vilkår for at kildestaten skal redusere kildeskatten på vedkommende inntekt, at mottakeren er "the beneficial owner". Dette vil kunne hindre treaty shopping i de tilfeller der gjennomstrømmingsselskapet fremstår som eier formelt, men i realiteten kun er et mellomledd for den virkelige eier. Som påpekt i rapporten om *Conduit Companies*¹¹ kan det være vanskelig for kildestaten å kontrollere hvem som er den virkelige eier av inntektene. Dessuten er det ikke alltid slik at gjennomstrømmingsselskapet kun fungerer som et mellomledd. Dette gjelder særlig i "stepping-stone"-situasjonene.

Rapporten om *Conduit Companies*¹² nevner også art 4 i mønsteravtalen som et virkemiddel mot treaty shopping. I denne artikkelens første ledd annet punktum presiseres det at en person ikke skal anses som "resident" i en stat hvis personens skatteplikt i denne staten er begrenset til inntekter fra kilder i denne staten.

Begrunnelsen for bestemmelsen er først og fremst å presisere at en person ikke blir "resident" i en stat hvis personen kun er *begrenset skattepliktig* til denne staten, og det fremgår av OECDkomm. AK 4-8 at det særlig er diplomater og lignende man har hatt i tankene. Etter ordlyden vil imidlertid art 4 kunne ramme visse tilfeller av treaty

¹¹ Se s R(6)-10 flg.

¹² Se s R(6)-9 flg.

shopping. Dette gjelder f. eks de tilfeller der gjennomstrømningslandet har regler om at selskaper kun er skattepliktig for inntekter fra kilder i vedkommende stat og ikke for inntekter fra kilder i utlandet. Stater med slike regler ville være egnet som gjennomstrømningsland fordi inntekt som kanaliseres gjennom denne staten ikke vil være gjenstand for hjemstatsbasert beskatning i gjennomstrømningsstaten. Etter ordlyden vil art 4 første ledd annet punktum føre til at slike selskaper ikke anses som ”resident” i henhold til skatteavtalen, og det innebærer at de heller ikke er berettiget til skatteavtalens fordeler. Bestemmelsen vil imidlertid ikke ramme alle former for treaty shopping. F. eks kan ”stepping-stone”-metoden gjennomføres uten at det er nødvendig at selskapet i gjennomstrømningsstaten er fritatt fra skatt på inntekter fra kilder i utlandet.

Det oppstår også spørsmål om hvorvidt gjennomskjæringsnormen i intern norsk rett kan komme til anvendelse på treaty shopping-tilfeller. Det faller imidlertid utenfor rammene av denne avhandlingen å gå nærmere inn på dette.

4 "The exclusion approach"

4.1 Generelt

"The exclusion approach" går ut på at man inntar i skatteavtalen en klausul som fratar nærmere bestemte juridiske personer rettigheter etter skatteavtalen. "Exclusion"-klausuler egner seg i skatteavtaler med stater som har spesielt gunstig beskatning av bestemte selskaper og derfor vil kunne fungere som gjennomstrømningsstat i en treaty shopping-situasjon. De juridiske personene som rammes av "exclusion"-klausuler er derfor gjerne selskaper som i den ene traktatstaten nyter godt av fordelaktige skatteregler.

I OECDkomm. AK 1-21 til og med 1-21.3 foreslås en rekke forskjellige varianter av "the exclusion approach" som kan finnes igjen i Norges skatteavtaler.

4.2 "Exclusion"-klausuler med henvisning til lovgivning

I tilfeller der intern lovgivning i en stat innrømmer særlige skattefordeler til bestemte selskaper som faller inn under en definisjon i loven vil det være mulig å innta "exclusion"-klausuler i skatteavtalen som rammer disse selskapene direkte, ved å innta en henvisning til denne lovgivningen. Slike klausuler kan holde de personene som rammes av BF-klausulen *helt utenfor* skatteavtalen eller kun begrense de aktuelle personenes mulighet til å påberope seg avtalens *fordeler*.

Art 29 både i avt/Luxembourg (vedlegg 1) og avt/Jamaica (vedlegg 2) bestemmer at selskaper som er berettiget til spesielle skattefordeler etter nærmere bestemte lover i henholdsvis Luxembourg og Jamaica faller utenfor konvensjonenes anvendelsesområde. Et holdingselskap i Luxembourg som faller inn under den i art 29 nevnte spesiallovgivning og som mottar ubytteinntekter fra et norsk selskap vil derfor ikke være berettiget til den lavere kildeskatt i Norge som avt/Luxembourg art 10 normalt ville innebære.

Ettersom avt/Jamaica og avt/Luxembourg ekskluderer selskapene fullstendig fra avtalene, gjelder i utgangspunktet heller ikke konvensjonens regler om ikke-diskriminering, prosedyre for gjensidig avtaler og utveksling av opplysninger. Avt/Jamaica art 27 bestemmer imidlertid at utveksling av opplysninger ikke er begrenset av artikkel 29. Dette har sammenheng med at slike regler anses for å tjene et formål uavhengig av om skatteavtalen i utgangspunktet ikke kommer til anvendelse. Reglene om utveksling av opplysninger skal ikke bare sikre at myndighetene i disse statene får den informasjon som er nødvendig for å ta stilling til anvendelsen av de enkelte konvensjonsbestemmelsene, men også at statene får informasjon som er relevant for anvendelsen av nasjonal lovgivning og for å bekjempe skatteunndragelse og omgåelse. Behovet for utveksling av opplysninger er gjerne minst like stort når man har å gjøre med selskaper som innrømmes særskilte skattefordeler.

Avt/NA art 28 (1) a) (vedlegg 3) og avt/Barbados art 29 (1) a) (vedlegg 4) bestemmer at visse selskaper ikke skal være berettiget til de fordeler som er omhandlet i nærmere bestemte artikler i skatteavtalene. De artiklene som uttrykkelig er utelukket omfatter ikke reglene om ikke-diskriminering, fremgangsmåte ved inngåelse av gjensidige avtaler og utveksling av opplysninger. Disse klausulene tar altså hensyn til at formålet med en "exclusion"-klausul er å hindre dobbelt ikke-beskatning og treaty shopping, og at det da er tilstrekkelig at klausulen fratar gjennomstrømningsselskapet retten til skatteavtalens *fordeler*, slik at bestemmelser som har funksjoner som er viktige i andre sammenhenger ikke utelukkes.

Alle de "exclusion"-klausulene som er omhandlet hittil er ensidige i den forstand at selskaper hjemhørende i Norge ikke rammes. Dette har sammenheng med at Norge ikke beskatter bestemte selskaper spesielt gunstig og således heller ikke er spesielt egnet som gjennomstrømningsstat i treaty shopping.

Et spørsmål som kan reises i forhold til "exclusion"-klausulene er om klausulene bare rammer inntekter som betales *til* gjennomstrømningsselskapet, eller om også betalinger *fra* selskapet rammes. At betalinger *fra* selskapet rammes, ville innebære at en person hjemhørende i Norge som mottok inntekter fra et slikt selskap i den andre kontraktstatsstaten ikke ville være berettiget til skatteavtalens lavere satser for kildeskatt i

den andre staten. Hvis dette skulle føre til at kildestaten beregnet høyere kildeskatt på inntekten, ville ikke dette nødvendigvis føre til høyere totalskatt på inntekten, ettersom Norge praktiserer kreditprinsippet.¹³ Den høyere skatten som betales til kildestaten ville da resultere i lavere skatt i Norge. I forhold til skatteavtaler der Norge er part, innebærer det altså først og fremst en omfordeling av beskatningsretten i Norges disfavør at man anser "exclusion"-klausulen for å ramme også betalinger *fra* slike selskaper.

Avt/Luxembourg art 29 rammer uttrykkelig både betalinger til og fra selskapet, jf bestemmelsens annet punktum. Motsatt tyder ordlyden i "exclusion"-bestemmelsene i avt/NA og avt/Barbados på at det i disse klausulene kun er de angitte selskapene som ikke skal være berettiget til konvensjonens fordeler, slik at en person som oppebærer inntekt fra et slikt selskap ikke rammes.

Avt/Jamaica art 29 er den klausulen som er mest uklar i dette henseende, ettersom denne klausulen kun bestemmer at skatteavtalen ikke "får anvendelse på" de angitte selskaper. Det er mulig å tolke denne bestemmelsen slik at den rammer både tilfeller der *selskapet er skattyter* og tilfeller der skattyter er en *person som mottar inntekter fra et slikt selskap*. Begrunnelsen for å ramme betalinger *til* selskapene er at disse selskapene er helt eller delvis fritatt fra beskatning i sin hjemstat. Dette kan imidlertid ikke begrunne at også betalinger *fra* slike selskaper rammes. Hvis slike betalinger omfattes, innebærer det at skattyter ikke får redusert kildeskatten uavhengig av om *han* betaler full skatt på inntekten i sin hjemstat. Sett i sammenheng med at en slik regel i forhold til norske skatteavtaler ville føre til en omfordeling av beskatningsretten i norsk disfavør, taler dette mot å tolke den uklare ordlyden i avt/Jamaica art 29 slik at den rammer også betalinger *fra* de angitte selskapene.

Når det gjelder betalinger *fra* slike selskaper, er det imidlertid myndighetene i den andre kontraktsstaten som anvender bestemmelsen, og det vil derfor i første omgang være den tolkningen som legges til grunn i den andre staten som avgjør om en person hjemhørende i Norge anses for å ha avtalebeskyttelse med hensyn til inntekter han mottar fra et slikt selskap i den andre staten.

¹³ Totalskatten ville imidlertid bli høyere hvis skattesatsen i selskapets hjemstat er høyere enn den norske, ettersom Norge praktiserer den *ordinære kreditmetoden*.

Alle klausulene i dette avsnittet, bortsett fra art 29 i avt/Luxembourg, har regler som skal sikre at de også vil ramme selskaper som beskattes fordelaktig i henhold til lovgivning som blir vedtatt etter at vedkommende konvensjon er undertegnet. Klausulene bruker uttrykkene ”lignende” eller ”vesentlig lignende” lovgivning. Ved vurderingen av om eventuell ny lovgivning rammes av klausulen, må man altså foreta en sammenligning av den nye og gamle lovgivningen. Ved tolkningen må formålet med reglene spille inn, slik at det legges vekt på om skattefordelene i henhold til den nye lovgivningen medfører at den hjemstatsbaserte skatten i vedkommende stat blir så ubetydelig at kildestatens motivasjon for å redusere kildeskatten faller bort og dessuten at selskapet vil egne seg som gjennomstrømningsselskap i treaty shopping.

Denne typen bestemmelse har særlig aktualitet i forhold til ”exclusion”-klausulen i art 28 i avt/NA, ettersom lovgivningen denne klausulen viser til er opphevet og erstattet med et nytt regelverk.¹⁴ Det er imidlertid innført overgangsregler og art 28 (1) a) vil i alle fall fortsatt ramme selskaper som i henhold til overgangsreglene faller inn under det tidligere regelverket. For det nye regelverket på de Nederlandske Antiller blir det spørsmål om dette gir ”i det vesentlig lignende skattefordeler” som de som gjaldt på de Nederlandske Antiller på det tidspunkt skatteavtalen ble inngått. Klausulen nevner i parentes at den aktuelle antilliske lovgivningen på det tidspunktet var artikkel 14 og 14 A i De Nederlandske Antillers nasjonale forordning om inntektsskatt av 1940. De skattefordelene denne forordningen innebar var kun tilgjengelig for selskaper som var heleid av utenlandske personer og som hadde sin inntekt fra utenlandske kilder (offshoreselskaper). Det nye regelverket gir skattefordeler til selskaper som oppfyller nærmere bestemte vilkår (såkalte ”special exempt companies”), men disse fordelene er ikke lengre forbeholdt offshoreselskaper. Spørsmålet er derfor om dette betyr at det nye regelverket ikke innebærer ”i det vesentlige lignende skattefordeler”, og dette avhenger av om henvisningen til forordningen skal oppfattes som en begrensning av klausulens

¹⁴ I rapporten fra Code of Conduct Group til ECOFIN (EUs økonomi- og finansministtermøte) 29.11.1999 punkt F020 til F034 redegjøres det for en rekke bestemmelser som vil bli innført, og finansdepartementet på de Nederlandske Antiller bekrefter på telefon at regelverket nå er innført. Avhandlingens fremstilling av det nye regelverket på de Nederlandske Antiller er basert på denne rapporten og opplysninger fra departementet.

rekkevidde slik at det bare er skattefordeler som er forbeholdt offshoreselskaper som omfattes.

Mot en slik tolkning taler for det første at skillet mellom onshore og offshoreaktivitet ikke er nevnt i avt/NA art 28 (1) a). For det andre er henvisningen til forordningen inntatt i en parentes. Dette kan tale for at klausulen tolkes slik at det ikke er avgjørende om det nye regelverket gir lignende fordeler som forordningen, men kun om selskapet er berettiget til særskilte fordeler i henhold til antillisk lov, uavhengig av om disse fordelene er forbeholdt offshoreselskaper. Også formålet taler for at klausulen forstås på sistnevnte måte; når inntekten ikke er gjenstand for beskatning på de Nederlandske Antillene, faller Norges begrunnelse for å innrømme den lavere kildeskatten bort. Dessuten er faren for treaty shopping uavhengig av om offshoreselskaper beskattes gunstigere enn onshoreselskaper, så lenge begge beskattes lavt.

De selskapene som omfattes av det nye regelverket for "special exempt companies" vil kun være skattepliktig på de Nederlandske Antiller for inntekter som har sin kilde i denne staten, og det er mulig at denne typen selskaper derfor ikke oppfyller vilkårene i art 4 for å anses "bosatt" på antillene, jf artikkelens første ledd, annet punktum. (Se avsnitt 3).

4.3 "Exclusion"-klausuler med definisjon

Avt/Argentina art 29 (3) og avt/Canada art 30 (3) bygger også på "the exclusion approach". I stedet for å vise til et av landenes interne lovgivning, blir imidlertid de utelukkede selskapene i disse klausulene identifisert ved hjelp av en generell definisjon.¹⁵ Disse klausulene i avt/Argentina og avt/Canada har tilnærmet identisk ordlyd. Den videre fremstillingen knytter jeg opp til klausulen i den canadiske avtalen (vedlegg 5).

¹⁵ Avt/USA art 20 følger også dette prinsippet, men er utformet annerledes enn klausulene som nevnes i teksten. Norge er for tiden i forhandlinger med USA om en ny skatteavtale som skal erstatte den av 1971. Finansdepartementet opplyser at den nye skatteavtalen antas å være ferdigforhandlet tidligst i 2007. Den nevnte klausulen i den nåværende avtalen vil ikke bli behandlet nærmere i denne avhandlingen.

De personene som kan rammes av klausulen er et "selskap, trust eller annen enhet". I art 3 (1) d) er begrepet "selskap" definert som "enhver juridisk person eller enhver enhet som i skattemessig henseende behandles som en juridisk person". Dette reiser spørsmål om et selskaps rettssubjektivitet. Hvilke enheter som behandles som egne rettssubjekter avhenger av intern rett i den staten som anvender klausulen. I norsk rett har man en pragmatisk holdning til spørsmålet om selskapers rettssubjektivitet, slik at et selskap vil anses som et eget rettssubjekt i noen sammenhenger, men ikke i andre.¹⁶ For skatteformål anses aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper som egne rettssubjekter, mens kompaniskapene (typisk ansvarlig selskap og kommandittselskap) ikke anses som egne rettssubjekter i denne sammenheng. Dette medfører at sistnevnte type selskaper faller utenfor definisjonen av "selskap" i art 3 (1) d). Klausulen i art 30 (3) skal imidlertid også gjelde for en "annen enhet". Dette begrepet vil imidlertid bare ha selvstendig betydning for enheter som ikke anses for egne rettssubjekter, og som derfor ikke er gjenstand for beskatning som sådant, slik som f. eks ansvarlige selskaper. Ettersom disse ikke er skattesubjekter har jeg vanskelig for å se behovet for å regulere slike selskapers adgang til skatteavtalens fordeler.

Begrepet "trust" er ikke nærmere definert i avtalen, og det avgjørende blir da den betydning dette begrepet har i den stat som anvender klausulen, jf art 2 (3). "Trust" er et "common law"-fenomen og ikke et kjent begrep i norsk rett. I St.prp. nr. 12 (2002-2003) s 9 er imidlertid "stiftelse" benyttet som et annet ord for "trust". Stiftelser er etter norsk rett selvstendige skattesubjekter, jf. sktl. § 2-2 (1) h). Dette innebærer imidlertid at stiftelser omfattes av begrepet "selskap" i henhold til art 3, slik at alternativet "trust" ikke har noen selvstendig betydning ved siden av "selskap" for norsk retts vedkommende.

Klausulenes vilkår for at et selskap skal ekskluderes fra skatteavtalene er for det første at selskapet "reelt eies eller kontrolleres, direkte eller indirekte" av en eller flere personer som ikke er hjemhørende i samme stat som selskapet. At eierskap og kontroll er likestilt medfører at det ikke blir nødvendig å finne noen nedre grense for eierskapskravet. Spørsmålet blir derfor hva som skal til for at et selskap skal anses for å være reelt kontrollert av personer som ikke er hjemhørende i samme stat som selskapet.

¹⁶ Se Andenæs 1998 s 41 flg.

Dette vil for det første avhenge av hvilke stemmerettsregler og flertallskrav selskapet har. Dette kan være regulert i selskapets vedtekter eller i lovgivningen i selskapets hjemstat. I alminnelighet må det antas at en aksjonær har "kontroll" hvis han har over halvparten av selskapets stemmer, slik at han har kontroll ved alle beslutninger som krever simpelt flertall på generalforsamlingen.

Presiseringen om at det er de reelle forhold som er avgjørende fører til at man må vurdere om det er samsvar mellom den formelle og den reelle kontroll. Den engelske versjonen av traktaten benytter uttrykket "beneficially owned or controlled". Likheten mellom dette uttrykket og uttrykket "beneficial owner", som forkommer i konvensjonens art 10, 11, 12 og 22, tyder på at disse uttrykkene må forstås på samme måte. I tilknytning til disse bestemmelsene i OECDs mønsteravtale uttales det i OECDkomm. AK 10-12.1 at en person ikke vil anses som "the beneficial owner" hvis denne kun har snevre fullmakter som gjør at han fremstår som et mellomledd som opptrer på den virkelige eiers vegne.

Hvis f. eks en person som formelt sett ikke eier aksjer har inngått avtaler med de formelle aksjonærene om at de skal stemme etter hans instruks, blir det spørsmål om denne personen må anses for å ha den virkelige kontroll. Ettersom det er den *reelle* kontroll som er avgjørende taler det for at slike aksjonæravtaler må være relevant. Dertil kommer at når eierskap og kontroll er likestilt antyder det at det ikke er et vilkår at kontrollen har sammenheng med at vedkommende er eier i selskapet.

Direkte og indirekte eierskap eller kontroll er også likestilt. Spørsmålet blir da hvor stor eierandel eller kontroll en person må ha i de enkelte ledd i eierkjeden for at han skal anses å ha den virkelige kontroll eller være den virkelige eier. Hvis f. eks 51 % av aksjene i selskap X hjemhørende i Canada er eid av selskap Y som også er hjemhørende i Canada, mens 51 % av aksjene i sistnevnte selskap er eid av en person hjemhørende i en tredjestat, blir det spørsmål om selskap X skal anses som reelt eid eller kontrollert av denne personen. Han vil i et slikt tilfelle bare ha ca 26 % eierinteresse i X, men *reelt sett* har han kontroll ved alle beslutninger som kun krever simpelt flertall på generalforsamlingen i begge selskaper. Ettersom det er de reelle forhold som er avgjørende taler det for at det er tilstrekkelig at eierskapet eller kontrollen er over 50 % i hvert ledd i eierkjeden.

Det andre vilkåret for at et selskap skal rammes av klausulen er at den skatt selskapet illegges i hjemstaten er ”vesentlig lavere” enn den skatt som ville blitt ilagt selskapet hvis alle aksjene ”reelt ble eiet” av personer hjemhørende i selskapets hjemstat. I motsetning til de tidligere omhandlede ”exclusion”-klausulene, er det altså uttrykkelig et vilkår for at et selskap skal rammes av denne klausulen at det beskattes fordelaktig *fordi det er et såkalt offshoreselskap*. En slik forskjellsbehandling er imidlertid ikke nødvendig for at en stat skal egne seg som gjennomstrømningsstat. Hvis staten generelt beskatter selskaper lavt, uavhengig av hvor selskapets eiere er hjemhørende, vil staten egne seg som gjennomstrømningsstat ettersom forutsetningen om liten eller ingen hjemstatsbasert beskatning av gjennomstrømningsselskapet er oppfylt.

Denne typen klausul egner seg derfor best overfor stater som ved hjelp av gunstig beskatning inviterer utenlandske selskaper til investering i staten, uten at staten har vært villig til å innrømme tilsvarende vilkår til selskaper med innenlandske eiere. Verken Norge eller Canada har skatteregler som spesielt favoriserer offshorevirksomhet, og art 30 (3) har derfor preg av en standardklausul som har liten praktisk betydning i forholdet mellom Norge og Canada.

Også her oppstår spørsmålet om hvorvidt betalinger både til og fra selskapet rammes. På tilsvarende måte som i avt/Jamaica art 29 er ordlyden her uklar, da bestemmelsen fastslår at skatteavtalen ”gjelder ikke” for selskaper som oppfyller de nevnte vilkårene. Spørsmålet er derfor om dette innebærer at konvensjonen ikke får anvendelse på situasjoner der et slikt selskap er involvert, uavhengig av om selskapet *mottar* eller *betaler* inntekten. De hensynene som ligger bak denne typen klausul taler etter min mening for at kun betalinger *til* slike selskaper rammes, jf. drøftelsen i avsnitt 4.2.

4.4 ”Exclusion”-klausuler som virkemiddel mot treaty shopping

En umiddelbar virkning av en ”exclusion”-klausul er at de omfattede selskapene ikke er berettiget til redusert kildeskatt i kildestaten. Klausulene stiller ikke som vilkår at de unntatte selskapene eies av personer hjemmehørende i en tredjestat, slik at denne virkningen ikke er begrenset til treaty shopping-tilfeller. Poenget i første omgang er altså at ”exclusion”-klausulen forhindrer at en kildestat må begrense sin kildeskatt på

inntekter som helt eller delvis er skattefrie i mottakerstaten. Dette får imidlertid også betydning i treaty shopping-tilfeller.

Sett f. eks at skattyter er bosatt i stat A, og har inntekter i form av utbytte fra et selskap i Norge. Det er ingen skatteavtale mellom Norge og stat A, og etter intern norsk rett beregner Norge derfor 25 % kildeskatt på dette utbyttet. Hvis skattyter oppretter et selskap på Barbados og overfører utbytterettighetene til dette selskapet, vil i utgangspunktet skatteavtalen mellom Norge og Barbados komme til anvendelse. Etter denne skatteavtalen kan Norge kun beregne 5 % kildeskatt på disse inntektene. For at denne innretningen skal ha skattebesparende effekt for skattyter, er det en forutsetning at selskapet ikke er gjenstand for omfattende hjemstatsbasert skatt på Barbados. Det er her BF-klausulen i avt/Barbados art 29 (1) a) kommer inn, da det nettopp er selskaper som beskattes gunstig i henhold til intern lovgivning på Barbados som vil rammes av denne klausulen. BF-klausulen innebærer da at dette selskapet ikke kan påberope seg skatteavtalens regler om 5 % kildeskatt, og Norge vil derfor kunne kreve 25 % kildeskatt likevel.

”Exclusion”-klausuler motvirker imidlertid ikke treaty shopping generelt. F. eks er en ”exclusion”-klausul av den typen som er inntatt i avt/Canada art 30 (3) ikke egnet til å hindre treaty shopping ved etablering av gjennomstrømmingsselskaper i stater med et generelt lavt skattenivå. Slike klausuler egner seg derfor overfor stater som har gunstige skatteregler for offshoreselskaper. Videre er f. eks ”stepping-stone”-innretninger ikke avhengig av gunstige beskatningsregler i gjennomstrømningsstaten, og vil derfor ikke rammes av en ”exclusion”-klausul.

5 "The subject-to-tax approach"

5.1 Generelt

"Subject-to-tax"-klausuler går ut på at bestemmelser i skatteavtalen som innebærer fritak eller reduksjon av skatt i den ene kontraherende staten, ikke får anvendelse hvis inntekten ikke er gjenstand for skatt i den andre staten. Dette har sammenheng med at skatteavtalers formål først og fremst er å unngå dobbeltbeskatning, slik at det gjerne er en forutsetning for den staten som oppgir sin beskatningsrett at inntekten blir beskattet i den andre staten. Hvis inntekten imidlertid ikke blir beskattet i den andre staten heller, oppstår det i stedet såkalt dobbelt ikke-beskatning. "Subject to tax"-klausuler innebærer da en subsidiær beskatningsrett for den staten som i utgangspunktet oppga sin beskatningsrett.

Slike klausuler skal altså primært hindre at inntekten ikke blir beskattet i noen av de kontraherende statene. I forhold til treaty shopping har disse klausulene betydning ved at de fjerner et insitament for å etablere et gjennomstrømningsselskap i en kontraktsstat: En stat som f. eks fritar visse inntekter for skatt ville i utgangspunktet egne seg som gjennomstrømningssstat, men en "subject to tax"-klausul med denne staten, medfører at gjennomstrømningsselskapet i et slikt tilfelle ikke vil nyte godt av skatteavtalens bestemmelser om lavere kildeskatt. På samme måte som "exclusion"-klausuler, er "subject to tax"-klausuler derfor knyttet opp til treaty shopping-forutsetningen om liten eller ingen hjemstatsbasert beskatning i gjennomstrømningssstaten. Hvis denne forutsetningen er oppfylt, er ikke kildestaten forpliktet til å redusere sin kildeskatt på inntekten.

Både NSA art 26 (5) og avt/Sør-Afrika art 29 har regler som i utgangspunktet skulle kunne hindre treaty shopping ved at kildestaten er gitt subsidiær beskatningsrett i de tilfeller der inntekten er skattefri i skattyters hjemstat. Bestemmelsenes anvendelsesområde gjør imidlertid at de likevel ikke effektivt vil motvirke treaty shopping. I avsnitt 5.2 skal jeg illustrere dette med hensyn til avt/Sør-Afrika art 29

(vedlegg 6). I avsnitt 5.3 behandler jeg ”limitation of relief”-klausuler som er en annen type ”subject to tax”-klausuler.

5.2 Avt/Sør-Afrika art 29

Det fremgår av St.prp. nr. 76 (1995-96) s 7 at formålet med bestemmelsen er å hindre at inntekt blir helt eller delvis unntatt fra beskatning i begge kontraherende stater. Slik dobbelt ikke-beskatning kan oppstå som følge av at Sør-Afrika i følge Stortingsproposisjonen bygger på kildeprinsippet ved beskatning av inntekter. Kildeprinsippet går ut på at Sør-Afrika kun beskatter inntekter som har sin kilde i denne staten.

At Sør-Afrika praktiserer kildeprinsippet gjør i utgangspunktet denne staten egnet som gjennomstrømningsstat i treaty shopping. Sett at skattyter er bosatt i stat A og mottar utbytte fra et selskap i Norge. Det foreligger ingen skatteavtale mellom Norge og stat A, slik at utbyttet er gjenstand for 25 % kildeskatt i Norge. Skattyter etablerer så et gjennomstrømningsselskap i Sør-Afrika som overtar aksjene i selskapet i Norge og derfor også retten til utbyttet. I skatteavtalen mellom Norge og Sør-Afrika begrenses Norges rett til å beregne kildeskatt på utbyttet til 5 % i slike tilfeller, jf art 10 (2) bokstav a). Hvis Sør-Afrika i henhold til kildeprinsippet kun beskatter inntekter som har sin kilde i Sør-Afrika vil gjennomstrømningsselskapets utbytteinntekt fra Norge ikke være gjenstand for beskatning der. Inntektene kan så overføres til skattyter i A f. eks i form av et lån. Ved å etablere et gjennomstrømningsselskap i Sør-Afrika har skattyter derfor redusert kildeskatten med 20 %.

I prinsippet skulle en ”subject to tax”-klausul innebære subsidær beskatningsrett for Norge i et slikt tilfelle og derfor hindre denne typen treaty shopping. Art 29 i avt/Sør-Afrika unntar imidlertid art 10 om utbytte. Norge har ikke internrettslig hjemmel til å beregne kildeskatt på royalty eller renter, med mindre slike inntekter er tilknyttet virksomhet som mottakeren av inntektene utøver her (jf. sktl. § 3-2(1) b)). Det er altså kun i forhold til utbytteinntekter det vil være aktuelt å plassere et gjennomstrømningsselskap i Sør-Afrika for å redusere den norske kildeskatten. Ettersom utbytteregelen er unntatt fra anvendelsesområdet til art 29 er imidlertid Norge forpliktet til å begrense kildeskatten for slike inntekter selv om inntektene ikke blir

beskattet i Sør-Afrika. Klausulen får derfor kun betydning for den typen inntekter som ikke er særlig aktuelle i en treaty shopping-innretning, slik som f. eks lønnsinntekter. Forutsatt at Sør-Afrika praktiserer kildeprinsippet i forhold til ubytte, vil en person som har utbytteinntekter fra Norge, og som er hjemhørende i en stat som ikke har skatteavtale med Norge kunne redusere kildeskatten på disse inntektene ved å kanalisere inntektene gjennom et selskap i Sør-Afrika. Det fremgår ikke av stortingsproposisjonene hvorfor utbytteinntekter er unntatt fra anvendelsesområdet til art 29.

5.3 "Limitation of relief"-klausuler

"Limitation of relief"-klausuler finnes i Norges skatteavtaler med Gambia, Irland, Singapore og Storbritannia. Bakgrunnen for slike klausuler er at disse landene har internrettslige regler som bestemmer at personer som er hjemhørende i disse landene bare vil bli beskattet for inntekter fra kilder i utlandet hvis disse inntektene bringes inn i hjemstaten (remissebasert skatt).

I fravær av en "limitation of relief"-klausul, ville det remissebaserte skattesystemet kunne misbrukes til å unngå skatt. Etter f. eks avt/Storbritannia art 10 (2) a) er Norges kildeskatt begrenset til 5 % på utbytteinntekter. Ved å la inntekten inngå på en konto i Norge ville skattyter imidlertid kunne unngå beskatning av disse inntektene i Storbritannia på grunn av det remissebaserte skattesystemet. I slike tilfeller medfører "limitation of relief"-klausulen i avt Storbritannia art 32 (1) (se vedlegg 7) at Norges kildeskatt likevel ikke er begrenset. Klausulen hindrer altså i første omgang at Norges kildeskatt begrenses i slike tilfeller uavhengig av om en utenforstående tredjestat er involvert. På samme måte som stater som praktiserer kildeprinsippet, er imidlertid også stater som har et remissebasert skattesystem særlig egnet som gjennomstrømningsland i treaty shopping.

Sett f. eks at skattyter er bosatt i stat A og får utbytte fra et selskap i Norge. Det er ingen skatteavtale mellom Norge og stat A, og Norge beregner derfor 25 % kildeskatt på inntekten. Skattyter etablerer et gjennomstrømningsselskap i Storbritannia som overtar aksjene og utbytterettighetene i det norske selskapet, slik at den norske kildeskatten reduseres til 5 % i henhold til skatteavtalen med Storbritannia. Utbyttet inngår

imidlertid på gjennomstrømmingsselskapets konto i Norge, slik at inntekten ikke føres inn i Storbritannia og dermed ikke er gjenstand for skatt der.

Gjennomstrømmingsselskapet kan så overføre inntektene videre til skattyter i stat A direkte fra kontoen i Norge.

I et slikt tilfelle vil imidlertid en "limitation of relief"-klausul føre til at skattyter likevel ikke er berettiget til redusert kildeskatt i Norge, og fordelene ved treaty shopping er således forhindret.

I forhold til denne typen klausuler er det imidlertid et tidsaspekt som kan skape problemer. Sett at utbytteinntektene fra eksemplet over ble satt inn på kontoen i Norge, men at den på et senere tidspunkt overføres til en konto i Storbritannia. Spørsmålet blir hvor lenge norske myndigheter skal vente for å se om inntekten blir tatt inn i Storbritannia og dermed blir gjenstand for beskatning der. Ordlyden i avt/Storbritannia art 33 gir ikke svar på dette.

I OECDkomm. AK 1-26.1 foreslås det å fastsettes en tidsfrist for beskatning i skattyters hjemstat som vilkår for at skatteavtalens fordeler skal være tilgjengelige for skattyter. En tidsfrist vil løse problemet knyttet til hvor lang tid som må gå før man kan si at inntekten ikke er gjenstand for beskatning i skattyters hjemstat. Det ser imidlertid ikke ut til at det er vanlig med slike tidsfrister i norsk skatteavtalepraksis.

En alternativ løsning kunne være at norske myndigheter beskatter inntekten i det den går inn på kontoen i Norge, men at skattyter får tilbakebetalt denne skatten hvis inntekten senere føres inn i Storbritannia.

6 "The look-through approach"

6.1 Generelt

BF-klausuler som bygger på "look-through"-metoden er mer direkte rettet mot treaty shopping enn "exclusion"- og "subject to tax"-klausuler. "Look through"-klausuler stiller som krav for at et selskap skal nyte godt av en skatteavtales fordeler, at selskapet, eller en minsteandel av det, eies av personer som er hjemhørende i de kontraherende stater.

6.2 Avt/Barbados og avt/NA

Avt/Barbados art 29 (1) c) (vedlegg 4) og avt/NA art 28 (1) c) (vedlegg 3) inneholder "look-through"-bestemmelser. Klausulene bestemmer at for at en juridisk person skal være berettiget til skatteavtalenes fordeler, så må en minsteandel av personens eiere være hjemhørende i kontraktsstatene. Ordlyden i disse to klausulene er nesten sammenfallende, men det kan bemerkes at eierkravet i avt/NA er 50 %, mens det er *mer enn* 50 % i avt/Barbados. At klausulene har en grense på rundt 50 % reflekterer en antagelse om hvor stor innenlandsk eierforankring et selskap må ha for at det skal anses uegnet som gjennomstrømningsselskap i treaty shopping.

I begge klausulene er eierkravet formulert som et krav om at "den reelle eierinteressen" må ligge direkte eller indirekte hos nærmere definerte personer. I den engelske versjonen av disse avtalene brukes uttrykket "beneficial interest". Begrepet "reelle eierinteresse" er ikke nærmere definert i de norske skatteavtalene, og et slikt begrep finnes heller ikke i intern norsk rett. Alminnelige folkerettslige tolkningsprinsipper blir derfor avgjørende. Etter en alminnelige språklige forståelse er det i alle fall klart at det formelle eierforholdet ikke er avgjørende. Det legges opp til en helhetsvurdering der både de økonomiske og de administrative rettighetene i den juridiske personen må spille inn. Deltagelse i overskudd/underskudd og stemmerett vil f. eks være momenter av betydning i vurderingen.

Også begrepet ”beneficial interest” har likhetstrekk med det tidligere omtalte begrepet ”beneficial owner”. Igjen kan derfor forståelsen av sistnevnte begrep gi veiledning (se avsnitt 4.3.) For begrepet ”beneficial interest” blir det spørsmål om en aksjonær som er hjemhørende i samme stat som gjennomstrømmingsselskapet kun opptrer som en mellommann for en tredjeperson som ikke er hjemhørende i en av de kontraherende stater. Vurderingen må ta hensyn til hvilke økonomiske og administrative rettigheter den formelle aksjonæren har i selskapet og herunder om disse rettighetene er båndlagt i en aksjonæravtale med tredjemann.

Sett f. eks at skattyter bosatt i stat A har en avtale med en person på Barbados som er eneaksjonær i et selskap hjemhørende på Barbados om at aksjonæren skal stemme etter hans instruks. Hvis selskapet på Barbados i en slik situasjon er berettiget til fordelene i skatteavtalen mellom Barbados og Norge vil det ikke være vanskelig å omgå denne typen ”look-through”-klausuler. Omgåelseshensyn taler derfor for at aksjonæravtaler tillegges vekt i vurderingen av hvem som har den reelle eierinteresse.

Når det gjelder ”selskaper”¹⁷ presiseres det i avt/Barbados at kravet om over 50 % kontraktstatseierskap må være oppfylt i hver aksjeklasse. Avt/NA har en lignende presisering, men her er det tilstrekkelig at eierkravet er oppfylt i de stemmeberettigede aksjeklassene. Også her må det imidlertid være hvem som har den *reelle* eierinteressen i slike aksjer som er avgjørende.

Bestemmelsene likestiller direkte og indirekte eierskap. Det er altså ikke mulig for skattyter i en tredjestat å omgå regelen ved å etablere et eierselskap i samme stat som gjennomstrømmingsselskapet. Motsatt er det imidlertid tilstrekkelig for å hindre at ”look-through”-klausulen kommer til anvendelse, at gjennomstrømmingsselskapet indirekte eies av fysiske personer som er hjemhørende i en kontraktsstat.

Avt/Barbados art 29 (1) c) og avt/NA art 28 (1) c) har også bestemmelser som skal hindre at ”look-through”-klausulene rammer såkalte ”bona fide” tilfeller. For det første skal ”look-through”-bestemmelsen ikke ramme selskaper som mottar inntekter fra den

¹⁷ Se avsnitt 4.3.

andre kontraherende staten i forbindelse med reell forretningsvirksomhet. For det andre skal den ikke ramme selskaper som er hjemhørende i en kontraherende stat og hvis aksjer blir omsatt regelmessig og i et betydelig omfang på en anerkjent børs. Disse bestemmelsene blir behandlet nærmere i avsnitt 8.

Ettersom disse ”look through”-klausulene knytter ”begrensning av fordel”-virkningene til utenlandsk eierskap, kan de tenkes å reise problemer i forhold til Norges EØS-forpliktelser, og da særlig etableringsretten. Hvis f. eks et selskap hjemhørende på Barbados som mottar inntekter fra et selskap i Norge er heleid av en person hjemhørende i et EU-land vil dette selskapet ikke være berettiget til fordelene i skatteavtalen mellom Norge og Barbados som følge av ”look-through”-klausulen. Norge vil derfor ilegge selskapet 25 % kildeskatt, og altså 20 % mer enn hvis selskapet var eid av norske eller barbadiske personer. Dette innebærer at personer fra EU-land som ønsker å etablere seg på Barbados har dårligere vilkår enn norske eller barbadiske personer som følge av Norges beskatning. Restriksjonen gjelder imidlertid etablering på Barbados, som ikke er medlem av EU. I henhold til EØS-avtalen art 31 er etableringsretten begrenset til EF- og EFTA-statenes territorium. I en slik situasjon vil det altså ikke være noen konflikt mellom ”look-through”-klausulen og Norges EØS-forpliktelser.

I en situasjon hvor en person fra et EU-land eier et selskap hjemhørende i Norge som mottar inntekter fra Barbados, er det vanskelig å tenke seg at det kan oppstå konflikt med Norges EØS-forpliktelser. Ettersom Barbados er et skatteparadis vil ”look-through”-klausulen antagelig ikke føre til noen særlig høy kildeskatt fra denne staten. Dessuten vil ”look-through”-klausulen resultere i at Norge beskatter selskapet i henhold til intern norsk rett, og etter sktl. § 16-20 vil den kildeskatt selskapet måtte betale til Barbados komme til fradrag i norsk skatt. At Norge praktiserer kreditprinsippet etter intern rett medfører derfor at selskapet som eies av personer hjemhørende i et EU-land uansett ikke vil bli beskattet strengere enn selskaper som eies av norske eller barbadianske personer.¹⁸

¹⁸ Et unntak fra dette ville være hvis skattesatsene på Barbados skulle være høyere enn skattesatsene i Norge, ettersom Norge praktiserer prinsippet med *ordinær kreditt*. Det er imidlertid usannsynlig at skattesatsen på Barbados skulle være høyere enn den norske.

6.3 "Look-through"-klausuler som virkemiddel mot treaty shopping?

Mens "exclusion"-klausulene og "subject to tax"-klausulene motvirker treaty shopping ved å knytte virkninger til at en stat er egnet som gjennomstrømningsstat, har "look-through"-klausulen en annen angrepsvinkel. Sistnevnte type klausul har fokus rettet mot selve treaty shopping-konstruksjonen, ved å forsøke å identifisere selskaper som kun fungerer som gjennomstrømningsselskaper. Slike selskaper vil ikke være berettiget til skatteavtalens fordeler.

Ved å stille krav til at en viss andel av selskapets eierskap må være hjemhørende i en av kontraktsstatene, kan skattyter i en utenforstående tredjestat ikke shoppe en skatteavtales fordeler ved å etablere et heleid selskap i den ene kontraktsstaten. Ellers kan det stilles spørsmålsteget ved hvor effektivt slike "look-through"-klausuler motviker treaty shopping.

Sett f. eks at skattyter som er bosatt i stat A har inntekter i form av utbytte fra et selskap i Norge og at det ikke foreligger noen skatteavtale mellom Norge og stat A. For å unngå den kildeskatt på 25 % som Norge da vil beregne på disse inntektene, etablerer skattyter et selskap på Barbados som overtar alle aksjene i det norske selskapet. Skattyter beholder selv 49 % av aksjene i selskapet på Barbados og får en innenlandsk investor på Barbados til å gå inn med 51 %. Dette medfører at skattyter i stat A mottar 49 % av utbyttet fra selskapet i Norge i egenskap av minoritetsaksjonær i det barbadiske selskapet. Gjennom kreative manøvreringer kan muligens også det resterende av utbyttet fra Norge overføres til skattyter i stat A. F. eks kunne det tenkes at den innenlandske investoren finansierte investeringen i selskapet ved et lån fra skattyter i stat A, og at det resterende av utbyttet fra Norge ble brukt til å betale renter og avdrag på dette lånet. Her vil man imidlertid balansere på kanten av reglene med hensyn til om skattyter i stat A vil anses for å ha "den reelle eierinteresse".

Generelt må det dessuten nevnes at "look through"-metoden, som påpekt i OECD-rapporten om *Conduit Companies* punkt 24, ikke kan motvirke treaty shopping ved bruk

av ”stepping stone”-metoden. I følge Weeghel¹⁹ finnes det eksempler på at finans institusjoner i en kontraktstat har opptrådt som mellomledd for en person hjemhørende i en lavskatteland for å låne penger til en person hjemhørende i den andre kontraksstaten. Weeghel påpeker imidlertid også at denne ordningen kun vil fungere hvis mellomleddet i kontraksstaten opptrer under slike vilkår at det fremstår som den virkelige eier av rentene fra den andre kontraksstaten.²⁰

En annen innvending mot ”look-through”-klausuler er at de gjør et dypt innhugg i det grunnleggende skillet mellom aksjonær og selskap som selvstendige rettssubjekter.

¹⁹ Weeghel 1998 s 215.

²⁰ Hos Weeghel er dette nevnt som innvendinger mot ”the channel approach”, men de gjør seg gjeldende i like stor grad i forhold til ”the look-through approach”.

7 "The channel approach"

7.1 Generelt

"The channel approach" går ut på å forsøke å identifisere innretninger som bærer preg av et treaty shopping-opplegg, ved å rette fokus på både et selskaps andel av utenlandske eiere og på transaksjoner fra selskapet som har preg av kanalisering av selskapets inntekter til personer hjemhørende i utlandet. I likhet med "look-through"-klausulene er spørsmålet altså om forholdene indikerer at et selskap fungerer som gjennomstrømningsselskap, og ikke, som ved "exclusion"- og "subject to tax"-klausulene, om en stat egner seg som gjennomstrømningsstat.

7.2 OECDkomm. AK 1-17

Et forslag til en slik klausul er inntatt i OECDkomm. AK 1-17 (se vedlegg 8). For at et selskap skal rammes av denne klausulen må to forutsetninger være oppfylt. Den første forutsetningen knytter seg til eierinteressen og kontrollen i selskapet, mens den andre forutsetningen knytter seg til selskapets disposisjoner over inntekten fra kildestaten. Bokstav a) og b) i klausulen gir to alternativer som hver for seg er tilstrekkelig for å oppfylle den første forutsetningen. Alternativ a) er at personer som ikke er hjemhørende i samme stat som selskapet har en "substantial interest" i selskapet. Denne interessen kan være direkte eller indirekte eller gjennom et eller flere andre selskap, slik at bestemmelsen ikke kan omgås ved å etablere et holdingselskap i samme stat som selskapet.

Spørsmålet blir videre hva som skal forstås med begrepet "substantial interest".

Bestemmelsen presiserer selv at man kan ha slik interesse både som deltaker eller på annen måte. På samme måte som ved vurderingen av begrepet "beneficial interest" i avsnitt 6.2, vil både økonomiske og administrative rettigheter i selskapet få betydning her. Hva som skal til for at interessen skal kunne karakteriseres som "substantial" er det vanskelig å si noe konkret om, men igjen må formålet med klausulen få betydning.

Spørsmålet er om den utenlandske eierinteressen er så stor at det er fare for treaty shopping. I de "look-through"-klausulene som er behandlet ovenfor går denne grensen ved 50 % eller rett over.

Alternativ b) innebærer at den første forutsetningen for at bestemmelsen skal komme til anvendelse også vil være oppfylt hvis personer som ikke er hjemhørende i samme stat som selskapet har "the management or control" over selskapet. Også for dette alternativet likestilles direkte og indirekte kontroll. I den videre drøftelsen vil jeg bruke samlebetegnelsen "selskapets interessenter" om de personene som oppfyller den første forutsetningen i klausulen.

Den andre forutsetningen som må være oppfylt for at selskapet skal rammes av klausulen er at mer enn 50 % av inntekten som mottas fra kildestaten går med til å innfri krav fra selskapets interessenter utenfor kontraktsstatene. De 50 % skal altså ikke måles mot selskapets totale inntekt, men kun den inntekten som mottas fra kildestaten. Det kan reises spørsmål om hvorvidt det er bruttoinntekten eller nettoinntekten som skal være avgjørende. Hvis bruttoinntektene skulle være avgjørende ville det imidlertid bli enkelt å omgå bestemmelsen ved at både de inntektene selskapet mottar fra kildestaten og kostnadene i den forbindelse ble blåst opp. Det beløp som ble kanalisert videre til selskapets interessenter ville da fremstå som mindre i forhold til selskapets totale bruttoinntekter fra kildestaten. Disse omgåelsesbetraktningene tilsier at selskapets nettoinntekter fra kildestaten blir utgangspunktet ved beregningen.

Klausulen ser dessuten ut til å kreve at det skal være en viss sammenheng mellom de inntektene som mottas fra kildestaten og de utbetalinger som skjer til interessentene utenfor kontraktsstatene. Tid vil kunne være et moment her; jo lengre tid det går fra selskapet mottar inntektene fra kildestaten til betalingen skjer til interessentene, jo mindre vil det ha karakter av en kanalisering av inntektene. Også andre forhold, som f. eks at selskapet i mellomtiden har hatt underskudd, kan spille inn, da dette tyder på at inntektene fra kildestaten har gått med til andre utgiftsposter.

I utgangspunktet rammer klausulen enhver type "claims" fra interessentene.

Bestemmelsen inneholder imidlertid en rekke eksempler på utgifter som vil rammes. Et fellestrekk for disse utgiftstypene er at de egner seg for kanalisering av inntekter. Man

kan da reise spørsmål om denne oppramsingen skal forstås som en begrensning slik at det kun er utgifter av lignede type som rammes. Noen utgiftstyper egner seg bedre for kanaliseringsformål enn andre. Betaling for varer er f. eks ikke særlig egnet ettersom slike betalinger innebærer en håndfast motytelse og det er derfor lettere å kontrollere realiteten av slike transaksjoner, enn når man har å gjøre med f. eks royalty- eller rentebetalinger. Oppramsingen innledes imidlertid med uttrykket "including", og sett i sammenheng med at uttrykket "claims" er helt generelt, taler ordlyden mot å innfortolke en begrensning av klausulens rekkevidde til bare å ramme utgiftstyper som er egnet for kanalisering.

7.3 OECDkomm. AK 1-17 som virkemiddel mot treaty shopping

I OECDkomm. AK 1-18 uttales det at denne typen klausuler ser ut til å være den eneste måten å effektivt bekjempe "stepping stone"-innretninger. Etter min mening er imidlertid denne klausulen formulert slik at den ikke oppfyller målet om å bekjempe "stepping stone"-innretninger. Uttalelsene fra OECD tyder på at "channel"-klausulen er ment å skulle fange opp de tilfellene av treaty shopping som "look-through"-klausulen ikke rammer. Slik "channel"-klausulen i AK 1-17 er formulert har den imidlertid et *snevrere* anvendelsesområde, ettersom den stiller kanalisering som vilkår for å utelukke et selskap fra konvensjonen *i tillegg* til vilkåret om utenlandske interessenter. Denne klausulen støter derfor på de samme problemene som "look-through"-klausulene.

For det første forutsetter denne klausulen at den som står bak treaty shopping-innretningen har eierinteresser eller kontroll over stepping-stone-selskapet. At dette ikke er nødvendig er imidlertid et av trekkene ved stepping-stone-innretningen som gjør denne formen for treaty shopping særlig avansert, se eksempelet i avsnitt 6.3

Dessuten stilles det som vilkår for at et selskap i stat C skal rammes av klausulen at en viss andel av selskapets inntekter brukes til å dekke krav fra disse eierne eller interessentene. Ved hjelp av "stepping stone"-metoden kan man imidlertid kanalisere disse inntektene til et annet selskap i en fjerdestat (stat D), jf eksemplet i avsnitt 2.3. Selv om selskapet i stat D skulle ha de samme eierne eller interessentene som selskapet i stat C, innebærer ikke dette nødvendigvis at man kan si at betalingene til selskapet i stat D kan karakteriseres som innfrielse av krav fra interessentene selv.

Den BF-klausulen som er foreslått i OECDkomm. AK 1-20 og art 22 i USAs mønsteravtale av 1996 bygger imidlertid også på "the channel approach", og disse klausulene er utformet slik at de på en bedre måte fanger opp "stepping-stone"-innretninger. OECD-klausulen vil bli gjennomgått i neste avsnitt.

8 "Uttømmende" BF-klausuler

8.1 Generelt

Etter at OECDkomm. ble oppdatert i 2003 har det kommet inn en omfattende BF-klausul i AK 1-20 (se vedlegg 9). Denne tar sikte på å angripe problemet med treaty shopping på en uttømmende måte. Bestemmelsen er utformet som en mønsterbestemmelse som ikke er spesielt tilpasset forholdene i de landene som skal inngå en skatteavtale, men som skal kunne anvendes i enhver skatteavtale og fange opp enhver form for treaty shopping. Per dags dato finnes det ingen klausuler av denne typen i norske skatteavtaler.

I dette avsnittet skal jeg se nærmere på klausulen i AK 1-20. Det er få bemerkninger til denne klausulen i OECDkomm. Bestemmelsen har imidlertid klare likhetstrekk med art 22 i USAs mønsteravtale av 1996 (se vedlegg 10). I den grad den amerikanske klausulen kan antas å ha hatt betydning for utformingen av OECD-klausulen og i den grad klausulene skal ivareta de samme hensynene, kan den amerikanske klausulen gi veiledning ved tolkningen av OECD-klausulen.

OECD-klausulen er bygget opp slik at første ledd bestemmer at kun "qualified persons" er berettiget til de fordeler som konvensjonen ellers gir til skattytere hjemhørende i en av de kontraherende stater, mens annet ledd bestemmer nærmere hvilke skattytere som skal anses som "qualified persons". De neste leddene har unntaksbestemmelser i forhold til første og annet ledd.

8.2 "A qualified person"

8.2.1 Fysiske personer

I følge OECD-klausulens annet ledd bokstav a) er en fysisk person "a qualified person". En tilsvarende bestemmelse finnes i annet ledd a) i den amerikanske klausulen, og

denne er omtalt av Weeghel²¹ på side 232. Han mener at bakgrunnen for at fysiske personer uansett anses som "qualified persons" er den definisjonen av treaty shopping som finnes i *the Technical Explanation*²². I denne definisjonen er etableringen av en juridisk enhet i gjennomstrømningsstaten et sentralt element.

Når det gjelder OECD-klausulen er denne utformet med tanke på å hankses med treaty shopping-problemet slik dette er beskrevet i rapporten om *Conduit Companies*. I denne rapporten er bruken av gjennomstrømningsselskaper beskrevet som et viktig element i treaty shopping, slik at "limitation of benefit"-klausulen i OECDkomm. AK 1-20 er utformet for å hindre at slike selskaper benyttes for å gi skattyter i en tredjestat tilgang til en skatteavtale som ellers ikke er direkte tilgjengelig for ham. At fysiske personer ikke rammes av klausulen har derfor antagelig sammenheng med denne innfallsvinkelen til treaty shopping-problemet.

Weeghel²³ påpeker imidlertid at fysiske personer kan ha samme funksjon som juridiske enheter i treaty shopping. Skattyter i stat A avtaler således med en innbygger i gjennomstrømningsstaten (stat C) at denne skal fungere som en "stepping stone" for skattyters inntekter fra kildestaten (stat B). For at dette skal fungere må det imidlertid sørges for at personen i stat C anses som den virkelige rettighetshaver til inntektene fra stat B, f. eks ved at han faktisk overtar skattyters aksjer i selskapet i stat B. Personen i stat C betaler så f. eks renter for et lån fra skattyter.

At fysiske personer ikke rammes av "limitation of benefit"-klausulen innebærer altså at klausulen ikke er 100 % motstandsdyktig mot treaty shopping. I følge Weeghel forekommer imidlertid treaty shopping ved bruk av fysiske personer relativt sjelden, slik at det praktiske behovet for å ramme slike tilfeller er mindre.

²¹ Weeghel 1998.

²² *United States Model Income Tax Convention of September 20, 1996: Technical explanation.* s 90.

²³ Weeghel 1998 s 232.

8.2.2 Statlige enheter

Videre bestemmer OECD-klausulen i nr 2 b) at ”a qualified governmental entity” skal regnes som en ”qualified person”. Uttrykket ”a qualified governmental entity” er ikke definert i OECDs mønsteravtale. Bestemmelsen tilsvarer imidlertid annet ledd b) i den amerikanske klausulen, og i art 3 nr 1 bokstav (i) har denne mønsteravtalen en definisjon av begrepet. Anvendt på norske forhold er det sentrale i denne definisjonen at politiske og administrative organer innen stat og kommune ville omfattes og at også statlige og kommunale foretak omfattes hvis følgende vilkår er oppfylt; foretaket må være heleid statlig eller kommunalt, dets inntekt kan ikke gå til private personer og dets eiendeler må tilfalle det statlige eller kommunale organet ved foretakets oppløsning.

I følge Weeghel²⁴ er den underforståtte begrunnelsen at slike offentlige organer ikke er sannsynlige kandidater for treaty shopping. Det er naturlig å anta at dette også er begrunnelsen bak OECD-klausulen. Ettersom det ikke er oppstilt noen tilsvarende absolutte vilkår i OECD-klausulen må det foretas en vurdering av om enhetens tilknytning til offentlig sektor er slik at det er lite sannsynlig at selskapet vil benyttes i treaty shopping. Ved denne vurderingen vil vilkårene fra den amerikanske mønsteravtalen være relevante momenter.

8.2.3 Børsnoterte selskaper

I OECDkomm. AK 1-20 nr 2 bokstav c) reguleres i hvilken grad børsnoterte selskaper og datterselskaper av slike skal anses som ”qualified persons”. Lignende bestemmelser finnes også i avt/Barbados art 29 (1) c) annet punktum (vedlegg 4) og avt/NA art 28 (1) c) annet ledd (vedlegg 3). I disse bestemmelsene er selskaper som oppfyller nærmere bestemte krav til registrering og omsetning på en anerkjent aksjebørs berettiget til skatteavtalens fordeler uavhengig av klausulenes ”look-through”-bestemmelser. For slike selskaper blir det altså unødvendig å undersøke hvor stor andel av selskapenes eiere som ikke er hjemhørende i noen av kontraktsstatene.

²⁴ Weeghel 1998 s 233.

To forhold påpekes av Doernberg²⁵ som begrunnelse for den lignende regelen i USAs mønsteravtale. Det første forholdet er at det ville bli praktisk talt umulig for et børsnotert selskap å godgjøre at en viss andel av selskapet eies av personer bosatt i kontraktsstatene. En særregel for selskaper som omsettes på en anerkjent børs er således nødvendig for at slike selskaper ikke skal bli fullstendig utelukket fra konvensjonen.

Det andre forholdet som påpekes av Doernberg er at sjansen er relativt liten for at selskaper som omsettes på en anerkjent børs utnyttes til treaty shopping. Når et selskaps aksjer omsettes i et visst omfang på børsen vil eierinteressene gjerne bli spredt på en rekke aksjonærer og hvem disse aksjonærene er til enhver tid vil variere. Weeghel²⁶ utdyper dette synspunktet slik at når aksjene er spredt er det ikke identitet mellom aksjonærenes og selskapets interesser. Det sentrale, etter min mening, er at i slike tilfeller vil den enkelte aksjonærs innflytelse på selskapets disposisjoner være begrenset, og det vil derfor være vanskelig for en person i en tredjestat å benytte selskapet som gjennomstrømningsselskap eller som ”stepping-stone”-selskap. De øvrige aksjonærene vil ikke nødvendigvis se seg tjent med denne typen innretninger.

OECD-klausulen oppstiller to alternativer for hvordan et selskap kan oppfylle vilkårene for ”a qualified person”. Vilårene i det første alternativet tilsvarer vilårene i de norske skatteavtalene; selskapets ”principal class of shares” må være registrert og ”regularly traded” på en ”recognised stock exchange”. Det første spørsmålet blir da hvordan uttrykket ”principal class of shares” skal forstås. I de norske skatteavtalene er begrepet oversatt med a-aksjer, men dette begrepet har ingen klart definert betydning i norsk rett. Skatteavtalen mellom USA og Nederland har en tilsvarende bestemmelse i art 26 (1) c) og uttrykket ”principal class of shares” er definert nærmere i bestemmelsens nr 8. Der skal uttrykket referere til selskapets vanlige eller alminnelige aksjer, forutsatt at disse representerer majoriteten av aksjenes stemmer og verdi. Formålet med OECD-klausulen og bestemmelsene i de norske skatteavtalene taler for at de samme kriteriene blir avgjørende også i forhold til disse bestemmelsene. Aksjonærenes andel av selskapets verdier og deres innflytelse i selskapet vil være momenter som indikerer i hvilken grad disse aksjonærene har muligheten til å utnytte selskapet for treaty shopping-formål.

²⁵ Doernberg 1997 s 175.

²⁶ Weeghel 1998 s 233 flg.

OECD-klausulen forutsetter at kontraktsstatene avtaler hvilke børser som skal anses som "recognised stock exchange", jf henvisningen til bokstav a) og b)²⁷ i sjette ledd. I avt/NA art 28 (2) har kontraktsstatene inntatt en liste over børser som skal anses som anerkjente. Listen omfatter børsen i Oslo, Amsterdam, New York, London, Tokyo, Paris, Frankfurt og Milano. Det er også inntatt en lignende bestemmelse som i bokstav c) i OECD-klausulen, som innebærer at de kompetente myndighetene i de kontraherende stater har hjemmel til å inngå gjensidig avtale om andre aksjebørser som skal anses som anerkjente. I avt/Barbados er det imidlertid ikke presisert hvilke børser som skal anses som anerkjente, men listen i avt/NA må kunne gi veiledning her.

Begrepet "regularly traded" eller "omsatt regelmessig og i et betydelig omfang" er ikke definert nærmere i forhold til noen av disse klausulene. Avt/NA art 28 (1) c) tredje ledd bestemmer imidlertid at det skal presumeres at aksjer i selskap som er registrert på en anerkjent børs blir omsatt regelmessig og i et betydelig omfang. Hvis norske myndigheter hevder at et selskap på de Nederlandske Antiller ikke er berettiget til skatteavtalens fordeler, er det altså de som har bevisbyrden for at selskapets aksjer ikke er gjenstand for regelmessig omsetning hvis disse er registrert på en anerkjent aksjebørs.

I de tilfeller der det er uenighet om hvorvidt aksjene blir "omsatt regelmessig og i et betydelig omfang", blir det nødvendig å fastlegge innholdet av dette uttrykket. Ettersom skatteavtalene ikke inneholder noen nærmere definisjon, kan det bli aktuelt å gå til statens interne rett, jf. avtalenes art 3 (2). I en situasjon hvor Norge er kildestat blir det spørsmål om "regularly traded" eller "omsatt regelmessig og i et betydelig omfang" har en bestemt juridisk betydning i norsk rett og om denne betydningen er relevant i forhold til tolkningen av dette begrepet i skatteavtalene.

Norsk skattelovgivning har ikke regler som er særlig knyttet til aksjer som blir regelmessig omsatt på en anerkjent aksjebørs, men begrepet "regelmessig omsetning" forekommer i børsloven § 5-6 (1), der det er et av vilkårene for børsnotering at aksjene "kan forventes å bli gjenstand for regelmessig omsetning". Man kan imidlertid ikke slutte fra dette at alle aksjer som er børsnotert dermed også er gjenstand for regelmessig

²⁷ Det må være en feil at det mangler en henvisning til bokstav c) i sjette ledd.

omsetning, ettersom vilkåret for børsnøtering er at aksjene kan *forventes* å bli gjenstand for regelmessig omsetning. Man har altså ikke noe garanti for at selskaper som er børsnøtert oppfyller denne forventningen.

Børsloven inneholder ikke nærmere presisering av uttrykket ”regelmessig omsetning”, men børsforskriften har i § 2-1 noen *tilleggskrav* knyttet til antatt kursverdi og spredning av aksjer. Særlig kravet om at minst 25 % av aksjene må være spredt blant personer som ikke har en nærmere bestemt tilknytning til hverandre kan ses i sammenheng med kravet om ”regelmessig omsetning”, da en slik spredning av aksjene i alle fall øker sannsynligheten for at aksjene vil bli regelmessig omsatt. Dette har imidlertid begrenset relevans for begrepet ”regularly traded” i BF-klausulene, ettersom man etter disse bestemmelsene må foreta en konkret vurdering av om aksjen virkelig *blir* regelmessig omsatt, og ikke bare om forholdene ligger til rette for regelmessig omsetning.

Interessant i denne sammenheng er imidlertid at Oslo Børs fra og med 4. oktober 2004 inndeler de noterte selskapene på Oslo Børs etter aksjenes likviditet. De mest likvide segmentene er OBX og OB Match som utgjør aksjer med gjennomsnittlig minst 10 handler per dag, mens OB Standard utgjør aksjer med gjennomsnittlig færre enn 10 handler per dag²⁸. Etter en språklig forståelse faller de to førstnevnte segmentene helt klart innenfor karakteristikken ”regelmessig omsatt”, mens grensen antagelig finnes et sted i segmentet OB Standard. Noe mer konkret om hvor denne grensen går er det imidlertid vanskelig å si noe om.

Innholdet av uttrykket ”regelmessig omsatt” er altså ganske uklart i norsk børsløvgivning. Det kan dessuten stilles spørsmålstegn ved om begrepet i børsloven er relevant i skatterettslig sammenheng. I børsloven er begrepet ikke brukt i forhold til skatteregler og kravet til regelmessig omsetning skal først og fremst sikre at børsen fungerer som et reelt marked og at børskursen reflekterer den reelle markedsprisen. Som nevnt tidligere er bakgrunnen for kravet om regelmessig omsetning i BF-klausulen i OECDkomm. AK 1-20 at en spredning av aksjonærinteressene vil redusere muligheten til å utnytte et selskap til kanalisering av inntekter, slik at hensynene bak kravene til

²⁸ Se pressemelding fra Oslo Børs av 04.10. 2004.

regelmessig omsetning ikke er de samme i BF-klausulene som i børsløvgivningen. Generelt har det også vært noe tvil i internasjonal skatterettsteori om hvorvidt art 3 (2) i OECDs mønsteravtale gir anledning til å bygge forståelsen av et uttrykk i konvensjonen på ikke-skatterettslige begreper som skatteloven heller ikke henviser til.²⁹ Forståelsen av uttrykket ”regelmessig omsetning” må til syvende og sist bero på en konkret vurdering av om det foregår tilstrekkelig omsetning til at en spredt eierinteresse er sannsynlig og faren for treaty shopping derfor liten.

I henhold til OECD-klausulen skal også selskap som *eies* av slike selskap som omfattes av underpunkt (i) anses som ”qualified person” hvis nærmere bestemte vilkår i underpunkt (ii) er oppfylt. En lignende bestemmelse finnes også i klausulen i avt/NA. Også her må bakgrunnen være at slike selskaper egner seg dårlig til kanaliseringsformål. I henhold til OECD-klausulen må minst 50 % av eierinteressene ligge hos ett slikt selskap som definert i underpunkt (i), eller de kan være spredt på inntil fem forskjellige slike selskaper. Hvis de nødvendige 50 % av eierinteressene er spredt på seks forskjellige selskaper som regnes som ”qualified person” etter (i) er vilkårene i (ii) ikke oppfylt. Bakgrunnen for denne begrensningen må være at man regner med at så lenge de nødvendige 50 prosentene av eierinteressen kun er fordelt på fem selskaper vil de resterende 50 % av eierinteressene likevel ikke bli for mektig i forhold til børsselskapene, men hvis det er flere enn fem børsselskaper som deler på 50 % av eierinteressen, vil makten bli mer konsentrert i den resterende eierinteressen.

Klausulen i avt/NA er strengere ettersom denne bestemmelsen stiller som krav at selskapet er *heleid* av *ett selskap* som oppfyller vilkårene om børstilknytning. Direkte og indirekte eierskap er likestilt i begge klausulene, men slik at vilkårene kun er oppfylt i henhold til OECD-klausulen hvis hver mellomliggende eier er hjemhørende i en av kontraktsstatene.

8.2.4 Veldedige institusjoner

OECDkomm. AK 1-20 annet ledd bokstav d) regulerer i hvilken utstrekning veldedige institusjoner skal anses som ”a qualified person”. Denne klausulen tilsvarer i stor grad

²⁹ Se Vogel 1997 art 3 – 62 og Zimmer 2003 s 103.

USAs mønsteravtale art 22 bokstavene d) og e). Weeghel³⁰ antar at begrunnelsen for reglene i USAs mønsteravtale må være at det anses lite sannsynlig at slike institusjoner vil bli brukt til treaty shopping. Han kritiserer dessuten forbeholdet om at mer en 50 % av de begunstigede må være bosatt i en av de kontraherende stater når det gjelder et ”pension trust”, ettersom han mener at praksis fra slik fond ikke gir grunn til å mistenke de for å være involvert i treaty shopping-innretninger, og at regelen fører til at en rekke pensjonsfond med legitim virksomhet vil rammes av regelen.

8.2.5 Andre enn fysiske personer

OECDkomm. AK 1-20 bokstav e) bygger på ”the channel approach” og regulerer i hvilke tilfeller ”a person other than an individual” skal anses som ”a qualified person”. Mens den tidligere omtalte ”channel”-klausulen i OECDkomm. AK 1-17 oppstilte kumulative vilkår knyttet til eierskap og kanalisering for at en person skulle *nektes adgang* til skatteavtalens fordeler, oppstiller denne klausulen kumulative vilkår knyttet til de samme forholdene for at en person skal *innrømmes adgang* til skatteavtalens fordeler. Dette innebærer at ”channel”-bestemmelsen i AK 1-20 utelukker selskaper som enten ikke oppfyller eierkravet *eller* som kanaliserer en viss andel av inntekten til andre stater. ”Channel”-klausulen i AK 1-17 utelukket selskaper som ikke oppfylte eierkravet *og* som kanaliserte en viss prosent av inntekten til andre stater. Denne forskjellen medfører at ”channel”-klausulen i AK 1-20 rammer videre enn klausulen i AK 1-17.

Underpunkt (i) stiller vilkår om at minst 50 % av eierinteressen i den juridiske personen skal ligge hos ”qualified persons” i henhold til bestemmelsene i bokstav a), b), d) eller c) (i). Eierinteressen er presisert til enten 50 % av aksjenes totale stemmer og verdier *eller* 50 % av ”other beneficial interest”. Uttrykket ”beneficial interest” er behandlet i avsnitt 7.2.

Indirekte eierskap er likestilt med direkte, men her oppstår igjen spørsmålet om hvor stor eierandel som må til i et eventuelt mellomliggende selskap. Hvis f. eks 50 % av den juridiske personen eies av et mellomliggende selskap, og 50 % av dette selskapet eies av

³⁰ Se Weeghel 1998 s 234 og 235.

”qualified persons” kommer dette spørsmålet på spissen. At vilkåret her er knyttet til eierskap og ikke kontroll, taler etter min mening for at eierandelen i dette tilfelle bør beregnes ved å multiplisere eierandelen i det mellomliggende selskapet med dette selskapets eierandel i selskapet som ønsker å bli ansett som en ”qualified person” (altså $0,5 \times 0,5$). I eksemplet ville man da anse kun 25 % av selskapet for å være eid av ”qualified persons”.

Bestemmelsen presiserer at eierskapskravet må være oppfylt på minst halvparten av dagene i skatteåret. Dette kravet er med for å hindre omgåelse av regelen f. eks ved at selskapets aksjonærer selger aksjene til ”qualified persons” rett før inntektene fra kildestaten overføres til selskapet for så og kjøpe aksjene tilbake like etter transaksjonen.

For at den juridiske personen skal være en ”qualified person” bestemmer dessuten underpunkt (ii) at den inntekten som direkte eller indirekte overføres til personer som ikke er hjemhørende i noen av kontraktsstatene må være lavere enn 50 % av den juridiske personens inntekt. Denne klausulen rammer altså kanalisering av inntekter til personer utenfor kontraktsstatene generelt, mens ”channel”-klausulen i AK 1-17 kun rammet betalinger til selskapets *interessenter*. Dette medfører at AK 1-20 fanger opp de treaty shopping-tilfellene der skattyter i stat A ikke har interesser i gjennomstrømningsselskapet, men kun har inngått en avtale med et uavhengig selskap om at dette skal kanalisere inntektene for ham. En slik avtale kan f. eks gå ut på at selskapet kjøper skattyters rettigheter til inntektene fra stat B, men får henstand med betalingen. Etter hvert som selskapet mottar inntektene fra stat B betaler det avdrag og renter på kjøpesummen.

I motsetning til ”channel”-klausulen i AK 1-17 er det imidlertid den totale inntekten som er utgangspunkt for 50 %-vurderingen og ikke bare den inntekten som motas fra kildestaten. Dette er ikke helt hensiktsmessig, ettersom det medfører at klausulen blir enklere å omgå. Sett at skattyter i det nettopp nevnte eksemplet inngår avtalen med et selskap i stat C som har inntekter som er mer enn dobbelt så store som de inntektene han selv har fra kilden i stat B og at selskapet ikke betaler noe av sin inntekt til personer i andre stater. Inntektene som betales til skattyter i stat A vil her ikke utgjøre 50 % av selskapets totalinntekt, og tilfellet rammes derfor ikke av bokstav e) (ii).

For at overføringene skal rammes må de dessuten være fradragsberettiget i selskapets hjemstat med hensyn til de skatter konvensjonen gjelder. Bestemmelsen nevner imidlertid uttrykkelig en del betalinger som ikke skal rammes. Dette gjelder for det første "armlengdebetalinger" for tjenester eller løsøre i alminnelig næringsvirksomhet. Begrepet "armlengdebetalinger" er kjent fra reglene om internprising som er regulert i art 9 i OECDs mønsteravtale. Prinsippet går ut på at en betaling mellom selskaper med felles interesser bare er i tråd med "armlengdeprinsippet" hvis den tilsvarer den betalingen som ville ha forekommet mellom selskaper uten et slikt interessefelleskap. Med hensyn til BF-klausulen i OECDkomm. AK 1-20 bokstav e) (ii) blir altså spørsmålet om den betalingen som er foretatt til personer hjemhørende utenfor kontraktsstatene er i samsvar med det som er normalt mellom uavhengige kontrahenter.

Bakgrunnen for denne regelen om "armlengdebetalinger" er antagelig todelt. For det første har man ikke ønsket å ramme legitime transaksjoner i alminnelig forretningsvirksomhet og for det andre er faren for treaty shopping ikke like stor når betalingene er i tråd med "armlengdeprinsippet". Slike betalinger er lite egnet til å kanalisere inntekter i en treaty shopping-innretning ettersom de forutsetter en motytelse og det til en viss grad er mulig å kontrollere at denne motytelsen er reell - i alle fall når man har med løsøre å gjøre.

Klausulen har også en særregel om betalinger til banker. Regelen går ut på at betalinger til en banks faste driftssted i en av de kontraherende statene ikke rammes av klausulen selv om bankens hovedkontor ikke er hjemhørende i noen av de kontraherende stater. Artikkel 22 bokstav f) i USAs mønsteravtale tilsvarer i stor grad denne bestemmelsen, og i underpunkt (ii) finnes det et lignende unntak for betalinger til faste driftssteder i en av kontraktsstatene. Til forskjell fra OECD-klausulen er imidlertid ikke den amerikanske klausulen begrenset til pengeforpliktelser til banker. Bakgrunnen for at betalinger til et fast driftssted ikke rammes av den amerikanske klausulen er i følge *The Technical Explanation*³¹ at faste driftssteder er gjenstand for beskatning i den stat driftsstedet er lokalisert. Et selskap hjemhørende i stat C kan derfor ikke unngå beskatning av bestemte inntekter i denne staten ved å kanalisere disse inntektene til et

³¹ S 96.

utenlandsk selskaps faste driftssted i stat C, ettersom inntektene da blir beskattet i stat C på det utenlandske selskapets hånd i henhold til reglene om beskatning av faste driftssteder. Når OECD-klausulen begrenser driftsstedsunntaket til betalinger til banker, innebærer det at betalinger til andre virksomheter enn banker ikke vil omfattes av særregelen selv om betalingene tilfaller et fast driftssted i en av de kontraherende stater.

Sett at en fysisk person hjemhørende i stat C eier alle aksjene i selskapet AS Fiskeforedling som også er hjemhørende i stat C. Dette selskapet har et datterselskap i stat B som kjøper morselskapets produkter og selger disse videre på markedet i stat B. AS Fiskeforedling kjøper alle sine råvarer fra AS Fiskernes utsalg i stat C. Over halvparten av AS Fiskeforedlings inntekter går til å dekke disse råvareutgiftene. Hovedkontoret til AS Fiskerne er hjemhørende i stat A. Spørsmålet er så om en tilsvarende BF-klausul som OECD-klausulen bokstav e) ville medføre at AS Fiskeforedling ikke var berettiget til fordelene i skatteavtalen mellom stat B og C. Her brukes over 50 % av selskapets inntekter til å betale en person som ikke er hjemhørende i noen av kontraktsstatene. Disse betalingene er fradragsberettigede i stat C. Vilåret i punkt (ii) er altså i utgangspunktet ikke oppfylt og AS Fiskeforedling er derfor i utgangspunktet ikke en "qualified person". I dette tilfellet er imidlertid mottaker av betalingene et fast driftssted i stat C, og slike blir i alminnelighet beskattet i driftsstedsstaten. Tilfellet har altså ikke preg av treaty shopping- kanalisering, ettersom inntektene uansett blir beskattet i stat C. Driftsstedsunntaket kommer imidlertid ikke til anvendelse ettersom det ikke dreier seg om betalinger til en bank.

Bakgrunnen for at unntaket for driftssteder kun gjelder banker må være at the Committee on Fiscal Affairs har vurdert risikoen for at inntektene likevel ikke vil bli beskattet i driftsstedsstaten som stor, med unntak av de tilfeller der mottaker er en bank. Jeg har problemer med å se grunnlaget for en slik vurdering, jf. AS Fiskeforedlings eksempel. I AS Fiskeforedlings tilfelle har vi imidlertid å gjøre med en armlengdebetaling, slik at dette selskapet likevel vil anses som en "qualified person" i henhold til unntaket for armlengdebetalinger.

8.3 Unntak ved utøvelse av aktiv forretningsvirksomhet

8.3.1 Generelt

Tredje ledd i klausulen i OECDkomm. AK 1-20 har et unntak fra utgangspunktet om at bare *qualified persons* har rett til skatteavtalens fordeler. Bestemmelsen er tatt inn for å forhindre at klausulen rammer personer som driver reell forretningsvirksomhet i en kontraherende stat. I tillegg til at personen må oppfylle skatteavtalens generelle krav for konvensjonsbeskyttelse må to andre vilkår være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. Disse vilkårene behandles i avsnitt 8.3.2 og 8.3.3.

BF-klausulene i avt/Barbados og avt/NA har også bestemmelser som knytter bestemte virkninger til om et selskap driver aktiv forretningsvirksomhet i kontraktsstaten. I avt/NA art 28 (1) bokstav c) annet ledd er det gjort unntak fra "look-through"-bestemmelsen for personer som mottar inntekter fra den andre kontraktsstaten i forbindelse med et "reelt forretningsformål" i hjemstaten. I avt/Barbados art 29 (1) bokstav c) annet punktum er det gjort et tilsvarende unntak for personer som oppebærer inntekt fra den andre kontraktsstaten i forbindelse med "aktiv nærings- eller forretningsvirksomhet" i hjemstaten. I avtalen med Barbados finnes dette unntaket også i forhold til "exclusion"-klausulen i bokstav a), men da bare i forhold til de selskapene som nevnes i underpunkt (iii). Disse bestemmelsene vil bli behandlet i tilknytning til gjennomgangen av OECD-klausulen i dette avsnittet.

BF-klausulene i avt/Barbados og avt/NA har dessuten enda en bestemmelse som knytter virkninger til slik forretningsvirksomhet i bokstav b). Disse kommer jeg imidlertid tilbake til i avsnitt 9.

8.3.2 Vilkåret om aktiv forretningsvirksomhet

Både i OECD-klausulen og i de norske skatteavtalene er det første vilkåret at personen driver aktiv forretningsvirksomhet i hjemstaten. I OECDs mønsteravtale art 3 (1) h) er det presisert at uttrykket "business" *inkluderer* "the performance of professional services and of other activities of an independent character". Begrepet blir altså ikke uttømmende definert i konvensjonen. OECDkomm. AK 3-10.2 klargjør at begrepet derfor generelt skal ha den betydning det har i intern rett i den staten som anvender

konvensjonen, men at art 3 (1) h) sikrer at uttrykket ikke defineres så snevert at selvstendige personlige tjenester³² faller utenfor. Noen tilsvarende definisjon er ikke inntatt i de norske skatteavtalene med de Nederlandske Antiller og Barbados.

Hvis norske myndigheter skulle anvende disse klausulene ville altså virksomhetsbegrepet i norsk intern rett bli avgjørende. Virksomhetsbegrepet forekommer flere steder i skatteloven. I henhold til sktl. § 5-30 (1) omfatter begrepet ”fordel vunnet ved virksomhet” blant annet ”fordel vunnet ved omsetning av varer eller tjenester, realisasjon av andre formuesobjekter i virksomheten og avkastning av kapital i virksomheten.” Denne listen med eksempler antyder at f. eks salg av varer og tjenester er typisk forretningsvirksomhet, men listen er ikke uttømmende. Etter Fabcondommen (Rt 2000 s 1981) vil virksomhetsbegrepet i folketrygdloven § 1-10 ha relevans ved fastleggelsen av det skatterettslige virksomhetsbegrepet. Spørsmålet blir derfor om personen ”for egen regning og risiko driver en vedvarende virksomhet som er egnet til å gi nettoinntekt”. Det oppstår visse grensespørsmål i forhold til arbeidsforhold, frilans og mer hobbypreget virksomhet. Bestemmelsen i folketrygdloven angir en rekke momenter som er relevant ved fastleggelsen av grensen. I tillegg har en rekke Høyesterettsdommer tatt stilling til slike grensespørsmål, men det vil føre for langt å gå nærmere inn på dette i denne avhandlingen.

OECD-klausulen og avt/Barbados krever dessuten at denne virksomheten må være aktiv. Hva som ligger i dette kravet er ikke helt klart. Språklig kan begrepet sies å inneholde krav både til *måten* virksomheten utøves på, og til *arten* av virksomheten. Arbeidstider, åpningstider, antall ansatte osv. kan få betydning for om man vil anse utøvelsen av virksomheten som aktiv. Slike momenter kommer imidlertid inn også ved vurderingen av hvorvidt vilkåret om ”forretningsvirksomhet” er oppfylt, slik at disse vurderingene i en viss grad blir overlappende. Klausulen skal sikre at kun de selskaper som reelt driver virksomhet nyter godt av skatteavtalen, og et selskap som driver med produksjon av varer eller tjenester vil derfor kunne rammes av klausulen hvis de faktiske forholdene viser at den virksomheten som foregår er av svært beskjeden karakter.

³² Omfatter særlig de liberale yrker som f. eks advokat, lege, revisor etc. jf. den tidligere art 14 i OECDs mønsteravtale.

I henhold til OECD-klausulen får også virksomhetens *art* betydning for om den skal betraktes som aktiv, jf formuleringen ”if the resident is actively carrying on business in the first-mentioned State (other than the business of making or managing investments for the resident’s own account (...))” Rene holdingselskaper vil derfor falle utenfor tredje ledd, ettersom deres virksomhet kun består av investeringer i andre virksomheter. At slike virksomheter er unntatt fra tredje ledd, innebærer at de ikke er unntatt fra kravet om ”qualified person” selv om de skulle oppfylle vilkårene i tredje ledd.

Den siterte formuleringen tyder på at det å investere eller forvalte investeringer er virksomhet som i utgangspunktet kan være aktiv forretningsvirksomhet, men at slik virksomhet er spesielt unntatt. Dette står i motsetning til den lignede regelen i tredje ledd i art 22 i USAs mønsteravtale. Den amerikanske klausulen er bygd opp slik at regelen om virksomheter som driver med investeringer og forvaltning av investeringer fremstår som en presisering av hva som ikke faller inn under uttrykket ”aktiv forretningsvirksomhet”. I motsetning til formuleringen i OECD-klausulen antyder denne formuleringen derfor ikke at slik virksomhet i utgangspunktet skal anses som aktiv forretningsvirksomhet.

Den typen virksomhet som uttrykkelig faller utenfor tredje ledd i den amerikanske klausulen, er ”the business of making or managing investments (...) unless the activity is banking, insurance or securities activity conducted by a bank, insurance company or registered securities dealer”. En annen forskjell mellom OECD-klausulen og den amerikanske klausulen er altså at i den sistnevnte klausulen vil virksomheter som driver med investeringer og forvaltning av investeringer falle utenfor tredje ledd uansett om det er snakk om investeringer for egen regning eller ikke. Forvaltning av andre personers investeringer er typisk bank-, forsikrings- og verdipapirvirksomhet, slik at den amerikanske klausulen i utgangspunktet utelukker slike institusjoner fra å anses for å drive aktiv forretningsvirksomhet.

Både OECD-klausulen og den amerikanske klausulen bestemmer imidlertid at den unntatte virksomheten likevel omfattes av tredje ledd hvis det dreier seg om bank-, forsikring- eller verdipapirvirksomhet drevet av en bank, forsikringsselskap eller en

person som er autorisert til å handle med verdipapir. I forhold til den amerikanske klausulen hindrer dette unntaket derfor at slike virksomheter rammes.

I forhold til OECD-klausulen passer ikke unntaket for bank-, forsikring- og verdipapirvirksomhet særlig godt, ettersom bestemmelsen som gjør unntak fra tredje ledds anvendelsesområde kun gjelder plassering eller forvaltning av *egne* investeringer. Jeg kan ikke se noen god grunn for at banker, forsikringsselskaper og verdipapirforhandlere skal behandles annerledes enn andre virksomheter når det gjelder *egne* investeringer. Det er imidlertid tvilsomt om slik virksomhet knyttet til egne investeringer kan betraktes som ”banking, insurance or securities activities” og dette forbeholdet får dermed mindre praktisk betydning i OECD-klausulen.

I avt/Barbados art 29 a) (iii) bestemmes det at finans- og holdingselskaper ikke skal anses for å utøve aktiv forretningsvirksomhet i henhold til den bestemmelsen. At anvendelsesområdet for denne presiseringen begrenses til ”denne bestemmelsen” må forstås slik at den ikke gjelder i forhold til unntaket i bokstav c) slik at finans- og holdingselskaper kan anses tenkes å oppfylle vilkåret om aktiv næringsvirksomhet i henhold bokstav c).

Kravet i avt/NA er at virksomheten er *reell*. Ved vurderingen av om dette vilkåret er oppfylt må de samme momentene være relevante som ved vurderingen av aktivitetskravet i avt/Barbados. Det er imidlertid mulig at denne forskjellen mellom de to bestemmelsene innebærer at de vil ramme noe ulikt, se eksemplet som gis til slutt i dette avsnittet.

Det presiseres dessuten i avt/NA art 28 (1) d) at internasjonal finansiering gjennom utstedelse av offentlige lån regnes for å ha reelt forretningsformål i De Nederlandske Antiller.

I tilknytning til vilkåret om at personen må drive aktiv forretningsvirksomhet, bestemmer OECD-klausulen i tredje ledd bokstav c) at denne skal identifiseres med visse andre personer. For det første skal en kompanjong i et kompaniskap identifiseres med kompaniskapet. Både fysiske og juridiske personer kan være kompanjonger i et kompaniskap, men denne regelen har først og fremst betydning for juridiske personer

ettersom en fysisk person uansett er en "qualified person", jf OECD-klausulens andre ledd bokstav a). Et aksjeselskap som er hjemhørende i en kontraktsstat vil derfor anses for å drive aktiv forretningsvirksomhet i denne staten hvis aksjeselskapet f. eks er deltaker i et ansvarlig selskap som driver slik virksomhet. Bakgrunnen for denne regelen er at flere stater³³ ikke behandler kompaniskap som egne skattesubjekter, men skattlegger deltakere i slike selskaper for deres andel av selskapets overskudd. Regelen sikrer at også slike deltakere kan oppnå konvensjonsbeskyttelse etter OECD-klausulens tredje ledd, bokstav a).

Sett f. eks at aksjeselskapet Holding AS hjemhørende i stat C er deltaker i det ansvarlige selskapet Drift ANS som også er hjemhørende i stat C. I forbindelse med virksomhet i stat C mottar Drift ANS inntekter fra et selskap i stat B. Intern rett i stat B bygger på deltakerbeskatning og dette medfører at det er Holding AS som er skattesubjekt for den kildeskatt B beregner på inntekten. Det er imidlertid Drift ANS som utøver virksomheten i stat C slik at det kunne bli spørsmål om Holding AS er berettiget til fordelene i skatteavtalen mellom stat B og C. Identifikasjonsregelen medfører her at Holding AS anses for å utøve virksomhet i stat C og er således berettiget til skatteavtalens fordeler med hensyn til inntekter knyttet til denne virksomheten.

For det andre skal personer som er "connected" med hverandre identifiseres i forhold til klausulens tredje ledd. Hva som skal til for at personer skal anses knyttet til hverandre på denne måten fremgår av annet punktum i bokstav c). For det første er tilknytningskravet oppfylt hvis den ene personen eier minst 50 % av den reelle eierinteressen i den andre personen, eventuelt 50 % av aksjenes totale stemmer og verdi hvis det er snakk om selskaper. For det andre er tilknytningskravet oppfylt hvis en tredje person eier minst 50 % av den reelle eierinteressen i hver av personene, eventuelt 50 % av aksjenes totale stemmer og verdi hvis det er snakk om selskaper.

Til sist bestemmer bokstav c) at tilknytningskravet er oppfylt hvis en vurdering basert på alle fakta og omstendigheter viser at den ene personen har kontroll over den andre eller begge er under kontroll av den eller de samme personene. En aksjonæravtale som

³³ Der i blandt Norge, jf sktl § 10-1 (1) jf § 2-2 (1) b til e og sktl §§ 10-40 til og med 10-45.

reelt sett gir en person slik kontroll må her være slike fakta og omstendigheter som er relevante, jf. drøftelsen av aksjonæraftalers betydning i avsnitt 4.3.

8.3.3 "Derived in connection with or incidental to"

Det andre vilkåret for at tredje ledd i OECD-klausulen skal komme til anvendelse, er at inntekten er "derived in connection with or incidental to" forretningsvirksomheten.

Også klausulene i de norske skatteavtalene stiller som vilkår at inntekten er mottatt i *sammenheng* med forretningsvirksomheten.

Ingen av klausulene presiserer nærmere hva som ligger i dette tilknytningskravet.

Bakgrunnen for vilkåret er at et selskap som i og for seg har et genuint forretningsformål i vedkommende kontraktsstat ikke skal benyttes til å kanalisere inntekter som ikke har noen tilknytning til virksomheten. I forbindelse med det korresponderende vilkåret i art 22 tredje ledd i den amerikanske mønsteravtalen er det gitt presiseringer både i klausulen selv og i *The Technical Explanation*. Ettersom klausulene må anses å bygge på de samme hensynene, gir presiseringen i den amerikanske klausulen veiledning ved tolkningen av OECD-klausulen og bestemmelsene i de norske skatteavtalene.

Bokstav (d) i tredje ledd i den amerikanske klausulen lyder slik:

Income is derived in connection with a trade or business if the activity in the other State generating the income is a line of business that forms a part of or is complementary to the trade or business. Income is incidental to a trade or business if it facilitates the conduct of the trade or business in the other State.

I *The Technical Explanation* på side 98 flg. presiseres det at likhet mellom produkter eller tjenester som produseres i de to statene taler for at den ene virksomheten skal anses som en del av den andre. Momenter som taler for at de to virksomhetene er komplementære er at de hører til den samme typen industri og at det er en økonomisk forbindelse mellom aktiviteten i de to statene. Sett f. eks at en virksomhet hjemhørende i en kontraktsstat driver med forskning og utvikling av produktdesign og mottar royaltyinntekter fra produsenter av slike produkter i den andre kontraktsstaten

(kildestaten) i henhold til lisensavtaler med disse produsentene. Slike royaltyinntekter oppfyller ”in connection with”-vilkåret. Hvis selskapet som mottar royaltyinntektene derimot egentlig driver med produksjon av f. eks biler, men har kjøpt rettighetene i henhold til en lisensavtale om boksalg som en investering, er ”derived in connection with”-vilkåret ikke oppfylt. Når det gjelder det alternative vilkåret, ”incidental to”, må den amerikanske mønsteravtalen i følge Doernberg³⁴ forstås slik at det kreves ”a relationship between the income and the conduct of a trade or business in the other Contracting State”. Et slikt forhold foreligger ikke mellom boksalg og bilproduksjon, slik at heller ikke ”incidental to”-vilkåret vil være oppfylt i en slik situasjon.

8.3.4 Forbeholdet i tredje ledd bokstav b)

OECD-klausulens tredje ledd bokstav b) har et forbehold i forhold til unntaket for personer som driver aktiv forretningsvirksomhet. Hvis personen eller et tilknyttet foretak driver forretningsvirksomhet også i den andre kontraherende staten enn den staten hvor personen er hjemhørende, kommer unntaket i tredje ledd bare til anvendelse hvis virksomheten i personens hjemstat er ”substantial” i forhold til virksomheten i den andre staten.

Også denne regelen skal forhindre omgåelse av BF-klausulen. Sett at en person som er hjemhørende i en tredjestat har inntekter fra en omfattende forretningsvirksomhet i en av kontraktsstatene. Han plasserer så et beslektet selskap i den andre kontraktsstaten som skal drive den samme type virksomhet, men i et meget beskjedent omfang, og lar dette selskapet være mottaker av inntektene fra den omfattende virksomheten i kildestaten. Doernberg³⁵ bruker som et illustrerende eksempel at den utenlandske eieren av en stor restaurantkjede i kildestaten etablerer en pølsebod i en annen stat som har en fordelaktig skatteavtale med restaurantkjedestaten og lar inntektene fra restaurantkjeden inngå i virksomheten i pølsebodstaten. Selskapet i gjennomstrømningsstaten ville i et slikt tilfelle oppfylle vilkårene for traktatbeskyttelse i henhold til OECD-klausulens tredje ledd bokstav a).

³⁴ Doernberg 1997 s 182.

³⁵ Doernberg 1997 s 182-183.

Forbeholdet i bokstav b) er knyttet til om en person driver “associated enterprises” i de to kontraktstatene. Uttrykket “enterprise” er definert i art 3 c) som “the carrying on of any business”. Når det gjelder uttrykket “associated enterprises”, finnes dette også i overskriften til art 9 i OECDs mønsteravtale. Verken i art 9 eller i BF-klausulen i OECDkomm. AK 1-20 er imidlertid “associated enterprises” et klart definert begrep. Det typiske forholdet mellom “associated enterprises” er forholdet mellom mor- og datterselskap eller forholdet mellom to eller flere søsterselskap, men også selskaper med fjernere tilknytning enn dette vil anses som “associated enterprises”, jf art 9 nr 1 a) og b). Et poeng er at jo fjernere tilknytningen mellom selskapene er, jo lavere er riskoen for at det dreier seg om treaty shopping. Dette kan tale for et relativt “substantial”-begrep, slik at “substantial”-kravet lettere vil bli ansett oppfylt hvis det er en fjern tilknytning mellom selskapene. Da blir det også mindre viktig å finne en klar nedre grense for uttrykket “associated enterprises”.

Bokstav b) sier dessuten at vurderingen skal foretas på bakgrunn av alle fakta og omstendigheter. I forhold til den tilsvarende presiseringen i art 22 i USAs mønsteravtale uttales det i *The Technical Explanation*³⁶ at både den aktivitet som foregår i de to statene og de tilskudd som går inn i virksomhetene skal måles mot hverandre. Den amerikanske klausulen har imidlertid en bestemmelse i tredje ledd bokstav c) annet punktum som går ut på at hvis visse vilkår er oppfylt skal virksomheten i det selskapet som søker traktatbeskyttelse uansett anses for å være “substantial” i forhold til virksomheten i kildestaten. Det er ikke inntatt noen tilsvarende bestemmelse i OECD-klausulen, og den amerikanske klausulen blir derfor veiledende for tolkningen. Som påpekt av Doernberg³⁷ er det mange uklarheter knyttet til denne bestemmelsen i den amerikanske klausulen. Den fremhever imidlertid at det relative forholdet mellom formuesverdi, bruttoinntekter og lønninger ved de to virksomhetene vil være momenter av betydning i “substantial”-vurderingen. Dessuten gir klausulen en viss veiledning om nivået på “substantial”-kravet. Det er f. eks ikke nødvendig for at virksomheten skal anses som “substantial” at den er større enn virksomheten i kildestaten, ettersom den amerikanske klausulen antyder at en virksomhet på størrelse med omtrent 1/10 av virksomheten i kildestaten klart vil være innenfor “substantial”-grensen.

³⁶ S 101.

³⁷ Se s 184.

Avt/NA art 28 og avt/Barbados art 29 inneholder ikke et tilsvarende forbehold. Det kan reises spørsmål om hvorvidt disse klausulene derfor kan omgås ved at en person bosatt i stat A som f. eks mottar utbytteinntekter fra en stor treningsstudiokjede i Norge, kan åpne et lite treningsstudio på Barbados eller de Nederlandske Antiller og la inntekten fra kjeden i Norge inngå i virksomheten i disse statene. I avtalen med Barbados er vilkåret kun at virksomheten er *aktiv*, og etter ordlyden vil det lille treningsstudioet i eksemplet altså være berettiget til fordelene i henhold til skatteavtalen. Når det gjelder avtalen med de Nederlandske Antiller, stiller denne krav om et *reelt forretningsformål*. Det er mulig at man derfor kunne nektet det lille treningsstudioet fordeler etter avtalen på grunnlag av at dette kun ble etablert for å oppnå fordeler etter skatteavtalen, og således ikke har forretningsvirksomhet som formål. Hvis det lille studioet faktisk driver forretningsvirksomhet, er imidlertid i utgangspunktet vilkåret om reelt forretningsformål oppfylt.

8.4 Aksjeklasser med rett til en uproporsjonal andel av inntekten

Fjerde ledd i OECD-klausulen bestemmer at hvis et selskap har en aksjeklasse som er berettiget til en uproporsjonal stor andel av selskapets inntekter fra den andre kontraktsstaten, og minst 50 % av disse aksjenes stemmer og verdi eies av personer som ikke er "qualified persons", så skal skatteavtalens fordeler ikke gjelde for den uproporsjonale delen av inntekten.

En slik regel vil f. eks kunne hindre omgåelse av kravet i klausulens andre ledd bokstav e) (ii) som, litt forenklet, går ut på at minst 50 % av aksjene eller den reelle eierinteressen i et selskap må være hos personer hjemhørende i kontraktsstaten for at selskapet skal være berettiget til skatteavtalens fordeler. Bestemmelsen i fjerde ledd hindrer at dette kravet omgås ved at det etableres en egen aksjeklasse som utgjør mindre enn 50 % av det totale antallet aksjer, men som gir en rett til en uforholdsmessig stor del av selskapets inntekter. Hvis aksjene i denne aksjeklassen eies av personer som er hjemhørende i en tredjestat ville man, hvis det ikke var for regelen i fjerde ledd, kunne omgå eierkravet i klausulens annet ledd bokstav e) (i) ved å kanalisere størsteparten av selskapets inntekter til disse aksjonærene. Et slikt tilfelle ville imidlertid kunne rammes av kanaliseringsregelen i bokstav e) (ii).

Et problem med regelen i fjerde ledd er imidlertid at den favner videre enn det som må ha vært intensjonen, ettersom den også rammer selskaper som driver aktiv forretningsvirksomhet i en kontraherende stat, jf innledningen av fjerde ledd: "Notwithstanding the preceding provisions (...)" Tredje ledds innrømmelse av skatteavtalens fordeler til slike aktive forretningsvirksomheter er i utgangspunktet helt uavhengig av hvor stor andel av selskapet som eies av personer i tredjestater. Et selskap som er *heleid* av en person i en tredjestat vil altså være berettiget til skatteavtalens fordeler hvis det oppfyller kravene i tredje ledd. Det er da lite konsekvent at fjerde ledd på nærmere vilkår nekter traktatbeskyttelse til et selskap som eies delvis av utenlandske personer uavhengig av om selskapet driver aktiv næringsvirksomhet.

8.5 "Principal purpose"-klausul

OECD-klausulens femte ledd gir kildestatens kompetente myndigheter en viss skjønnsmessig kompetanse til å innrømme en person rettigheter etter skatteavtalen selv om slike rettigheter i utgangspunktet ikke skulle være tilgjengelig i henhold til klausulen. Forutsetningen er at personens "principal purpose" med å etablere seg i den andre kontraktsstaten ikke var å oppnå skatteavtalens fordeler. Bestemmelsen fungerer altså som en sikkerhetsventil i de tilfeller der en innretning i en kontraktsstat rammes av BF-klausulen selv om innretningen ikke hadde treaty shopping som formål.

I motsetning til art 22 fjerde ledd i den amerikanske mønsteravtalen, er det ikke snakk om fritt skjønn for kildestatens kompetente myndigheter i henhold til OECD-klausulen. Myndighetenes skjønnskompetanse ligger i vurderingen av om vilkårene er oppfylt. Vilråene er at verken etableringen, anskaffelsen eller opprettholdelsen av denne personen eller driften av dens virksomhet hadde som sitt viktigste formål å oppnå fordeler etter skatteavtalen. Hvis de kompetente myndighetene kommer til at disse vilkårene er oppfylt *skal* imidlertid myndighetene innrømme personen fordeler i henhold til skatteavtalen. Det skjønnnet som utøves av myndighetene med hensyn til om vilkårene er oppfylt er gjenstand for etterprøving av domstolene i henhold til norsk rett.

I avt/Storbritannia er det inntatt en annen type "principal purpose"-klausuler, se f. eks art 10 (vedlegg 11). Bestemmelsen går ut på at de fordelene som vedkommende artikkel

innebærer ikke vil være tilgjengelige for en person hvis hovedformålet med å innrette seg slik at inntekten faller inn under denne artikkelen har vært å utnytte de fordelene artikkelen medfører. Dette er altså en BF-klausul ettersom den begrenser en persons adgang til skatteavtalens fordeler, mens femte ledd i AK 1-20 en "bona fide"-bestemmelse som skal hindre at BF-klausulen rammer genuine innretninger.

9 Forholdet mellom ”bona fide”-klausuler og BF-klausuler

I fremstillingen over har jeg ved flere anledninger kommet inn på bestemmelser som er inntatt i en BF-klausul for å hindre at disse rammer ”bona fide” tilfeller. Dette gjelder f. eks bestemmelsene om selskaper som driver aktiv næringsvirksomhet, bestemmelsene om børsnoterte selskaper og ”principal pupose”-bestemmelsen. Bakgrunnen for slike bestemmelser er at BF-klausuler ofte er formulert slik at de også omfatter tilfeller som ikke bærer preg av misbruk av skatteavtalene. Ettersom det er misbruk BF-klausulene skal forhindre, anbefales det i OECDkomm. AK 1-19 at man også inntar ”bona fide”-klausuler i skatteavtalene.

Ettersom jeg har behandlet de ”bona fide”-klausulene som finnes i norske skatteavtaler ovenfor, skal jeg ikke gå nærmere inn på disse på nytt her. Jeg vil imidlertid knytte noen kommentarer til første ledd bokstav b) i avt/Barbados og avt/NA. Disse bestemmelsene går ut på at en person ikke vil være berettiget til konvensjonens fordeler med mindre denne personen driver aktiv næringsvirksomhet i hjemstaten. I stedet for å gi rettigheter til de personene som *driver* aktiv næringsvirksomhet, tar disse bestemmelsene rettighetene fra de personene som *ikke* driver aktiv næringsvirksomhet. Bestemmelsene ligner altså på en ”bona fide”-bestemmelse, men er i realiteten en BF-bestemmelse, ettersom den begrenser en persons adgang til skatteavtalens fordeler.

Resultatet av at klausulene er formulert som BF-klausuler i stedet for ”bona fide”-klausuler er imidlertid at de rammer videre enn det som har vært intensjonen. Etter ordlyden rammer f. eks bokstav b) i avt/Barbados art 29 også en fysisk person som er bosatt på Barbados og mottar lønnsinntekt fra Norge for arbeid utført der, hvis denne ikke utøver aktiv forretningsvirksomhet på Barbados. Sollund³⁸ hevder at avt/Barbados art 29 (1) b) ikke kan tas på ordet her, da meningen kun har vært å ramme tomme selskaper. Tilsvarende må gjelde avt/NA art 28 (1) b).

³⁸ Sollund 1991 s 239.

10 Konklusjon

I denne avhandlingen har jeg vist at selv om ikke alle BF-klausuler har dette som sitt primære formål, kan de metodene som BF-klausulene bygger på egne seg til å motvirke treaty shopping. Enkelte BF-klausuler, slik som f. eks art 29 i avt/Sør-Afrika, søker først og fremst å hindre at kildestaten må redusere sin inntekt i henhold til skatteavtalen, hvis kildestatens forutsetning om at inntekten vil bli beskattet i mottakerstaten ikke er oppfylt. For andre BF-klausuler, slik som f. eks bokstav c) i avt/Barbados art 29 og avt/NA art 28, er imidlertid formålet direkte å forhindre treaty shopping.

BF-klausulers innhold er høyst varierende. I denne avhandlingen har jeg vist hvordan ulike metoder for å motvirke treaty shopping er gjennomført i BF-klausuler i norske skatteavtaler og i OECD-komm. Det er betydelige forskjeller i rekkevidden både mellom de ulike BF-klausulene i norske skatteavtaler, og mellom disse og klausulene i OECDkomm. Jeg har vist hvordan BF-klausuler kan komme til kort, ved at de ikke kan motvirke alle former for treaty shopping, men også at de kan rekke for vidt, ved at de rammer tilfeller som ikke har karakter av misbruk av skatteavtalene.

Den oppmerksomhet som er viet BF-klausuler i OECDkomm. etter oppdateringen i 2003 antyder at slike klausuler vil få økt betydning fremover. Forslaget i AK 1-20 til en uttømmende BF-klausul indikerer muligens en internasjonal trend i tråd med amerikansk praksis, der den generelle skatteavtalepolitikken er å innta standardiserte BF-klausuler i alle skatteavtaler.

11 Litteraturliste

Andenæs, Mads Henry. Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper. Oslo, 1998.

Andersen, Peter S. *Limitation on benefits*. I: Skat udland. 1997, s 322-342

Doernberg, Richard L. The 1996 United States Model Income Tax Convention: Analysis, Commentary and Comparison. Richard L. Doernberg and Kees van Raad. Haag, 1997

OECDkomm. - Model Tax Convention on Income and Capital. OECD Committee of Fiscal Affairs. Introduction. Model Convention. Commentary. Paris, oppdatert 2003

Pressemelding fra Oslo Børs av 04.10.2004

Rapport fra Code of Conduct Group til ECOFIN av 29.11.1999

Sollund, Stig. *Skatteavtalenytt 1990*. I: Skatterett. 1991, s 231-241.

Technical Explanation - United States Model Income Tax Convention of September 20, 1996. Technical Explanation. United States Department of the Treasury.³⁹

Vogel, Klaus. On Double Taxation Conventions. A commentary to the OECD, UN and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital: With Particular Reference to German Treaty Practice. London – The Hague – Boston, 1997.

³⁹ Se (<http://www.treas.gov/offices/tax-policy/library/techxpln.pdf>)

Weeghel, Stef van. *The Improper Use of Tax Treaties: With Particular Reference to the Netherlands and the United States*. Series on International Taxation: 19. London 1998.

Zimmer, Frederik. *Internasjonal inntektsskatterett*. 3. utg. Oslo, 2

